

Inconstitucionalidad de la regla de preferencia para acreedores locales regulada en el art. 4 de la Ley N° 24.522*

Por Guillermo F. Macchiaroli

Introducción [\[arriba\]](#)

La Ley N° 24.522 en el segundo párrafo de su art. 4 plantea un tratamiento diferenciado para acreedores cuyos créditos son pagaderos en el país, respecto de aquellos pertenecientes a un concurso formado en el extranjero, a quienes les posterga su actuación a la condición de que exista saldo una vez satisfechos los demás créditos verificados en la quiebra local.

Considerando que el trato diferenciado en favor del acreedor local implica un privilegio que no tiene en cuenta la naturaleza de los créditos, sino tan solo el lugar de pago y pertenencia a un concurso extranjero, se sostiene como hipótesis que la regla de preferencia nacional antes mencionada resulta incompatible con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales vigentes, debiéndose declarar en todos los casos su inconstitucionalidad.

La metodología de abordaje parte del análisis hermenéutico de la norma, según el alcance de su significado fijado por la doctrina y jurisprudencia, el cual se realiza mediante el empleo de los métodos histórico, teleológico, sistemático, consecuencialista y axiológico. A partir de ello se estudia su adecuación con las normas, principios y valores rectores del sistema jurídico nacional y regional, para determinar si resultan compatibles o no.

Se dedican los primeros capítulos a establecer las bases indispensables que permitan un análisis riguroso del tema. De esta forma, se examina la regulación vigente de fuente interna y convencional sobre la insolvencia transfronteriza. Posteriormente se estudia el sistema argentino de control de constitucionalidad y convencionalidad, para dar paso al análisis de la compatibilidad de las normas que regulan la preferencia nacional con los posibles derechos afectados.

Mediante la investigación del derecho comparado se estudia la articulación de las normas argentinas con la armonización legislativa buscada por los procesos de integración regional, para finalmente exponer las conclusiones a las que se arriba y efectuar una propuesta de adecuación.

Capítulo I [\[arriba\]](#)

1. El derecho concursal internacional como parte del Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado ha tenido una larga evolución desde su primera aparición[1] hasta la actualidad, buscando la resolución en forma justa de los casos jusprivatistas multinacionales.[2] La teoría clásica puso en el centro de estudio el denominado conflicto de leyes, empleando el método indirecto, y a partir de los aportes de Goldschmidt, se sistematizó mediante la llamada concepción normológica.[3] Pero en la actualidad este aspecto solo se convirtió en el núcleo de la materia, ampliándose sus contenidos,[4] y advirtiéndose la importancia de la determinación de la jurisdicción competente como paso previo a determinar el derecho de fondo aplicable.[5]

Se ha dejado de lado progresivamente la doctrina que determinaba el objeto de estudio en base a la constatación de la existencia de un tipo de norma particular la norma indirecta destinada a solucionar el conflicto de leyes, para identificarlo con la relación jurídica de carácter privado cuyos elementos la vinculan con más de un ordenamiento jurídico u organización jurisdiccional.[6] Es así que el moderno Derecho Internacional Privado busca dar respuesta a los conflictos suscitados en la relación iusprivatista internacional, ya no solo determinando las normas que se aplicarán al fondo del asunto, sino estableciendo qué persona u órgano podrá resolverla y de qué forma. Pero a su vez, advirtiéndose que las conductas necesarias para resolver el caso frecuentemente deben ser tomadas en diversas jurisdicciones estatales, se ha concluido que el objeto de estudio se encuentra integrado por la cooperación jurídica internacional.[7]

A modo de síntesis, puede afirmarse que el Derecho Internacional Privado comprende la determinación del derecho aplicable, de la jurisdicción competente, el reconocimiento de actos y decisiones, el tratamiento del proceso civil internacional y la asistencia jurídica internacional.[8] Por su parte, la evolución antes mencionada en la materia ha llevado también a admitir el pluralismo metodológico y normativo, concediéndose igualdad a los tres tipos de normas: de conflicto, materiales y de policía.[9]

En tanto los procesos de insolvencia transfronteriza regulan relaciones jurídicas vinculadas con más de un ordenamiento nacional,[10] se configura el caso iusprivatista internacional que estudia el Derecho Internacional Privado, por lo que será esta rama jurídica la encargada de dar solución a la temática, mediante la aplicación de sus métodos propios.

2. Procesos de insolvencia internacional

Al estudiar la insolvencia internacional nos enfrentamos con procedimientos cuyo objeto puede consistir en la liquidación o en la reorganización de un patrimonio, y que surgen a partir de un estado de impotencia patrimonial que impide al deudor hacer frente a sus obligaciones con medios regulares.[11] Las notas diferenciales de estos procedimientos son la existencia de un patrimonio internacionalmente disperso[12] y la existencia de créditos originarios o bienes exigibles en varios países.[13]

Los mencionados procesos presentan tres situaciones concretas a resolver: el trato que cada derecho nacional concede a la sentencia de quiebra dictada en el extranjero; el trato que cada derecho nacional le brinda al acreedor extranjero; y el trato que cada derecho nacional prevé para los bienes en el ámbito internacional.[14] La necesidad de resolver los aspectos mencionados, ha dado origen a diferentes sistemas de regulación, surgiendo los sistemas territoriales, los extra territoriales y los denominados eclécticos.

3. Sistemas de regulación

3.1 Territorial

Este sistema se centra en el proceso de ejecución del patrimonio y las facultades del magistrado para ordenar la realización compulsiva de los bienes sujetos a su jurisdicción. Es desarrollado considerando fundamentalmente el proceso de quiebra,

el cual nace signado por una impronta de naturaleza procesal, y queda regido por la ley del tribunal que dispone su apertura.[15]

Al estar la liquidación de los bienes regulada por normas procesales de orden público, las mismas tienen validez y obligatoriedad únicamente dentro del territorio del estado en donde ejercen poder las autoridades que las dictaron.[16] De esta manera, los efectos del concurso abierto en un estado son territoriales y limitados al patrimonio localizado en el mismo. Es decir, que declarado el estado de cesación de pagos en un país, el mismo no se extraterritorializa.

El proceso comprende únicamente los bienes que se encuentran dentro de su territorio, no extendiendo el estado de insolvencia al extranjero, para lo cual es necesario acreditar el mismo en cada uno de los lugares en donde se pretende el inicio del trámite, generándose una pluralidad de procesos concursales.[17] Se pone así el foco en el patrimonio del deudor insolvente y su liquidación, pero no tratándolo ya como parte del estatuto personal, sino como una cuestión de estricto carácter real.

Para la ejecución forzada de los bienes del deudor es menester recurrir a la autoridad pública del lugar en donde los mismos se encuentran, quien tiene soberanía para disponer de la fuerza. Así, el procedimiento es territorial, en tanto en la realización de los bienes cada magistrado tiene imperium sobre los ubicados en su territorio.

3.2. Extraterritorial

Este sistema sostiene la posibilidad que el concurso declarado en un estado produzca efectos en todos aquellos países en que existan bienes, deudas o créditos del deudor. De esta manera, la declaración falencial es susceptible de ser reconocida en el extranjero mediante el exequátur posibilitándose actos de ejecución o con fines probatorios.[18]

Considera a la insolvencia como perteneciente al estatuto personal, en tanto afecta principalmente al deudor al ser el patrimonio un atributo de su personalidad. Esto trae como consecuencia la necesidad de someter la quiebra a una única ley personal del deudor y en tanto es único el patrimonio a ser agredido por los acreedores cualquiera sea el país donde se encuentren la declaración en concurso produce efectos extraterritoriales.

Esta unidad de ley aplicable es acompañada de la idea de un único proceso concursal, al cual deben concurrir todos los acreedores; pero en realidad, la unidad de derecho aplicable no resulta incompatible con la existencia de procesos diversos, los cuales pueden ser independientes o subordinados a uno principal.[19] No debe confundirse extraterritorialidad territorialidad con unidad pluralidad. La extraterritorialidad no significa juicio único, sino el reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra.[20] Si bien el sistema territorial admite solo la unidad de procedimiento, el sistema extraterritorial admite tanto el juicio único como el plural.[21]

3.3. Mixtos

La rigidez de los sistemas antes enunciados, ha llevado a que los ordenamientos jurídicos sea cual fuere el sistema utilizado incurran en algún grado de

flexibilización, haciendo concesiones al sistema contrario,[22] surgiendo los denominados sistemas intermedios, eclécticos o mixtos. Estos implican partir de alguno de los sistemas extremos, pero mitigando sus efectos mediante el acogimiento de características del opuesto.

En este sentido, hay autores que postulan la posibilidad de otorgar efectos extraterritoriales a la quiebra en relación a los bienes muebles, y efectos territoriales respecto a los inmuebles.[23] Otros propician otorgar extraterritorialidad a los efectos personales de la quiebra, en tanto atribuyen territorialidad a los efectos patrimoniales.[24] También se encuentra dentro de los sistemas intermedios el de la “jurisprudencia”, criticado por la doctrina, el cual deja librado al juez la determinación en cada caso concreto sobre la apertura hacia el sistema de la unidad o pluralidad, o bien la búsqueda de una conciliación entre ambos.[25]

Por su parte, hay posturas que intentan superar el conflicto entre los sistemas extremos mediante la posibilidad de compatibilizar una quiebra principal con procedimientos secundarios.[26] De esta manera, se propicia un reconocimiento extraterritorial del hecho generador. Decretada la quiebra por el juez del domicilio, se adoptan medidas preventivas en los demás estados donde existan bienes y se publica la declaración falencial, permitiendo la apertura de nuevos juicios simultáneos en dichos lugares.[27]

4. Sistemas vigentes en Argentina

En la legislación nacional existen dos regímenes para la insolvencia transfronteriza, uno de fuente convencional internacional y otro de fuente interna, de los cuales se ha dicho que están signados por la insuficiencia y la falta de actualización de sus reglas.[28]

En tanto un análisis profundo de toda la regulación desbordaría ampliamente el objeto del presente trabajo, se expondrán las características básicas del sistema, para luego adentrarse en el objeto de estudio propuesto.

4.1. Fuente convencional internacional

La Constitución Nacional y los tratados internacionales vigentes, obligan a aplicar en forma prioritaria la normativa convencional en aquellos casos que se cuente con regulación específica.[29] En la materia, existen los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889, de Derecho Comercial Terrestre de 1940 y de Derecho Procesal Internacional de 1940.

4.1.a. Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889

El presente tratado[30] se refiere a la quiebra, siendo sus disposiciones aplicables por analogía al concurso.[31] Adopta el sistema de la extraterritorialidad en sus dos modalidades, unidad y pluralidad,[32] según existan o no casas comerciales dependientes o independientes.

El art. 35 se inclina por el sistema de la unidad de procedimiento concursal, atribuyendo jurisdicción al juez del domicilio comercial del fallido, en tanto los actos de comercio realizados por éste en el exterior sean accidentales, o mantenga agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal.

Por su parte, el art. 36 contempla la posibilidad que existan casas comerciales independientes (con capital propio y que no obren por cuenta y bajo la responsabilidad de otro establecimiento)[33] en distintos estados, otorgando también jurisdicción a los jueces del domicilio de la casa independiente, lo cual no necesariamente implica la existencia de quiebra plural.[34]

Declarada la quiebra en un país, se librará exhorto a los jueces de los estados donde el fallido tenga bienes a efectos de hacer efectivas las medidas preventivas (art. 37),[35] para anotar a los acreedores locales de las mismas y de la declaración de quiebra por el término de 60 días (art. 38). A partir del día siguiente a la publicación, los acreedores locales[36] podrán promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, siempre y cuando posea una casa comercial independiente en dicho estado. En ese supuesto existirá pluralidad de concursos y los mismos tramitarán con entera separación (art. 39 inc. 2 y 41).[37] Si no existiera establecimiento independiente, o existiendo, ningún acreedor local ejerciera el derecho de iniciar un nuevo proceso de quiebra en dicha jurisdicción, habrá unidad del proceso concursal, debiendo tramitarse el mismo ante el juez que declaró la quiebra (art. 42).

La declaración de quiebra por parte del juez competente en donde se encuentra una casa independiente, produce la extensión de la misma a los demás países signatarios en donde el fallido cuente con bienes o intereses,[38] existiendo por consiguiente un estado de quiebra extranacional que despliega sus efectos en los restantes miembros contratantes. El convenio no prevé la tramitación de un único procedimiento con pluralidad de masas concursales, ni lo referente a las preferencias nacionales.[39]

El tratado brinda una jurisdicción especial para los acreedores hipotecarios o prendarios, quienes pueden ejercer sus derechos ante el tribunal del país en que estén radicados los bienes hipotecados o dados en prenda. Como consecuencia de esto, los bienes hipotecados o prendados quedarían excluidos de la masa concursal.[40] El art. 45 prevé el reconocimiento de la autoridad de los síndicos o representantes legales de la quiebra en los restantes estados, permitiéndoles el cumplimiento de las funciones que la ley del lugar donde se decretó la quiebra les atribuye, pudiendo tomar medidas de conservación, administración y comparecer en juicio.[41]

La ley aplicable a la quiebra y demás procesos concursales es la *lex fori*, tanto cuando existe quiebra única, como cuando hay pluralidad de quiebras, en cuyo caso los jueces intervinientes aplicarán sus respectivas leyes.[42] En caso de quiebras plurales y simultáneas, se establece la disponibilidad de los remanentes, quedando el sobrante que resultara en un estado a favor del fallido a disposición del juez que entiende en la quiebra que tramita en el otro país.[43]

Se prevé la subsistencia de los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de su declaración, en el caso que los bienes que constituyan su asiento se transporten a otro territorio donde tramite un proceso concursal, en tanto se efectuare en el plazo de retroacción de la quiebra. En caso de pluralidad de concursos las medidas de carácter personal deberán ser tomadas por el tribunal del lugar en donde el fallido resida,[44] y la rehabilitación solo tendrá lugar cuando fuera dictada en todos los concursos.

4.1.b. Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940

Este tratado[45] constituye una modernización de las disposiciones acordadas en 1889. En su título VII denominado “De las quiebras”,[46] dedica los arts. 40 al 53 a regular este tipo de procesos, advirtiéndose que a diferencia de su antecesor expresamente contempla dentro de sus soluciones las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas.[47]

En cuanto a la jurisdicción internacional, en líneas generales conserva la norma de atribución de competencia del tratado de 1889, en el cual se contempla tanto el juicio de quiebra único como plural. Mantiene ante la existencia de casas dependientes, y para los actos de comercio accidentales, el punto de conexión “domicilio del comerciante”, pero haciendo un agregado al mencionar también a la “sociedad mercantil”. [48] Cuando el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes los jueces de sus respectivos domicilios. [49]

El tratado trae algunas innovaciones en cuanto a la ley aplicable, sosteniendo que se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para regular lo concerniente a concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Ahora bien, en caso de existir casas dependientes o no haberse hecho efectiva la opción de iniciar juicios separados por parte de los acreedores locales, el art. 48 otorga jurisdicción al juez que ha declarado la quiebra, ante el cual todos los acreedores presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con el procedimiento establecido en la *lex fori*.

Se mantiene la calificación del acreedor local (art. 46), y se incorpora el principio de preferencia de los mismos sobre los bienes radicados en el estado donde debe satisfacerse su crédito (art. 48 última parte). Esto lleva a la necesidad de conformar masas separadas, lo cual ante la diversidad de procesos es una consecuencia lógica. En los casos de juicio único, al momento de confeccionarse el proyecto de distribución se forma idealmente masas diferenciadas, para satisfacer preferentemente a los acreedores locales. [50]

Respecto a los acreedores hipotecarios y prendarios, se ha precisado que son los “anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos” quienes pueden ejercer su derecho ante los jueces del estado donde estén radicados los bienes.

En aquellos casos que habiendo pluralidad de procesos, existan bienes en un tercer estado donde no se hubiese promovido concurso, los mismos quedaran bajo la jurisdicción del juez que hubiese prevenido abriendo el primer proceso falencial del deudor, y pasarán a formar parte del activo de dicha quiebra. En relación a las medidas de carácter personal, en caso de pluralidad de quiebras se acuerda su dictado al juez del domicilio del fallido. El punto de conexión ha variado en relación al tratado de 1889 que utilizaba la “residencia”.

En relación a la rehabilitación, se ha suprimido la norma que exigía que la misma sea dictada en todos los estados donde existan procesos de quiebra, siendo el juez del concurso del domicilio principal quien posee la facultad de dictarla, produciendo efectos en los demás estados donde tramiten procesos concursales. [51]

4.1.c. Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

Toda vez que el Tratado de Derecho Comercial Internacional no regula los concursos civiles, dicho tema fue incluido en los arts. 16 a 25 del presente convenio, el cual

en lo sustancial sigue las mismas reglas adoptadas para el concurso mercantil. Es igualmente aplicable a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos y demás procedimientos análogos, de conformidad al art. 25.

Se reedita la posibilidad de existencia de juicio único o plural. De esta manera, será juez competente para entender en el concurso civil y se regirá según su ley el del país del domicilio del deudor, en aquellos casos que todos sus bienes se encuentren en dicho estado, o encontrándose en estados diversos sus acreedores no ejerzan la opción de solicitar la apertura de proceso local. De poseer el deudor bienes en diversos estados, se abre la posibilidad para los acreedores locales de solicitar la apertura de procesos independientes en dichos lugares. Resulta irrelevante la existencia de establecimientos independientes a efectos de determinar la jurisdicción.

Al no contemplarse la situación de los bienes existentes en un estado en el que no se ha promovido concurso, se aplica analógicamente el art. 51 del TMDCT de 1940, cayendo en consecuencia bajo la jurisdicción del juez que previno, en este caso el del domicilio del concursado.

4.2. Fuente interna

El régimen concursal para la insolvencia transfronteriza de fuente interna se encuentra contemplado en pocas normas -art. 2 inc. 2, 3 inc. 5 y 4 de la Ley N° 24.522 que si bien forman parte de un cuerpo legal sancionado en 1995, en realidad corresponden a concepciones elaboradas en el siglo XIX, fundadas en un pensamiento que tenía en miras el concurso liquidativo, y no el actuar coordinado entre tribunales para lograr la supervivencia de la empresa transnacional viable. [52]

Desde sus orígenes, diversas han sido las reformas que sufrió el sistema.[53] En un principio se adoptó la teoría de la territorialidad y pluralidad, no reconociéndose efectos extraterritoriales al concurso declarado en el extranjero.[54] A partir del decreto Ley N° 19.551/72 se pasa a un sistema que ha sido denominado de extraterritorialidad “atenuada”, en tanto reconoce la declaración de concurso extranjero como causal para la apertura del concurso en el país, pero limitado solo a ello, manteniendo la prohibición de invocarlo para disputarle derechos a acreedores locales sobre bienes que se encuentren en el territorio, o para anular actos celebrados con el concursado.[55]

Este sistema vigente en la Ley N° 24.522 puede explicarse como un sistema mixto, en el cual prima la territorialidad con pluralidad de procesos concursales, siendo la excepción la extraterritorialidad de la declaración de concurso dictada en el extranjero, únicamente a los fines de la procedencia de la declaración local, aunque la norma las trata en orden inverso.[56]

4.2.a. Jurisdicción internacional

No se admite la prórroga de jurisdicción, en tanto las normas de competencia judicial internacional en materia concursal son de orden público.[57] Los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva[58] para la apertura del concurso cuando el deudor se encuentre domiciliado en la República,[59] determinándose la competencia de acuerdo a los criterios del art. 3 LCQ.

El art. 2 LCQ, incorpora como sujeto pasible de concursamiento a “los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país”. Se establece de esta manera un foro del patrimonio, no siendo necesario que la persona o la sociedad domiciliada en el extranjero tengan agencia, representación o sucursal en el país, bastando tan solo la radicación de cualquier bien.[60] La apertura del proceso concursal no se encuentra supeditada a la previa comprobación de la existencia de bienes en el país, en tanto existan acreedores locales, y se configure algún supuesto autorizado por la ley de fondo, aunque dicho decreto solo tenga eficacia frente a bienes radicados en el país que puedan detectarse en el trámite de la causa.[61]

No sería procedente la apertura de un concurso solicitado por un acreedor extranjero cuando se carece de acreedores locales y bienes en el país.[62] Incluso existiendo tan solo bienes pero no acreedores locales tampoco se justificaría la apertura, debiendo los mismos ser entregados al concurso extranjero.[63]

Para calificar a los “bienes existentes en el país” resulta de aplicación la *lex fori*, [64] (arts. 15 y 16 CCyCN), quedando comprendidos las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de valor localizados material o jurídicamente en el país.[65]

El art. 3 inc. 5 LCQ determina el tribunal nacional competente de la siguiente manera: “tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.”

Por administración en el país ha de entenderse el lugar donde el deudor tiene su oficina, desde la cual dirige la empresa y centraliza su contabilidad, diferenciándose este concepto del establecimiento principal.[66] Ahora bien, la norma resulta confusa, en tanto en estos casos no hay deudor domiciliado en el extranjero, pues existiría un domicilio especial en la República.[67]

Nada se expresa respecto de aquellos casos en que no se cuente con administración, establecimiento, explotación o actividad en el país. Por aplicación analógica del art. 3 LCQ, o bien, subsidiariamente, del art. 5 CPCCN, se arribará a la competencia del juez del lugar de situación del bien, el del lugar donde deba cumplirse o demandarse las obligaciones, donde se hallen pre constituidas garantías, etc., siempre bajo el criterio de “el principal” en caso de pluralidad. Si no se puede aplicar dicha regla, será competente el juez que haya prevenido en el país.[68]

4.2. b. Derecho aplicable

A falta de una norma expresa que establezca la ley aplicable a los procesos de insolvencia internacional, será la *lex fori* la llamada a regular la cuestión, salvo en lo referente a los créditos, que se rigen por la ley que resulte aplicable a la obligación de que se trate.[69]

El art. 4 LCQ es el encargado de regular los efectos locales de la quiebra declarada en el extranjero, y el trato otorgado a los acreedores pertenecientes a concursos extranjeros, o con créditos pagaderos en el exterior, dentro de la quiebra local, pero no brinda soluciones a los problemas extraterritoriales que produce la quiebra nacional.[70] La norma se aplica tanto a la quiebra como a los demás procedimientos

preventivos contemplados en la ley, a excepción del segundo párrafo, que solo sería aplicable a la quiebra.[71]

I. Tratamiento local de la declaración de concurso en el extranjero

La primera parte del art. 4 LCQ dispone que “La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina”.

Esta disposición reconoce extraterritorialidad “limitada” a la sentencia extranjera, al concebirla como un supuesto de hecho capaz de causar otra sentencia distinta, ahora nacional, de apertura de un procedimiento concursal, sea liquidativo o preventivo.[72] El mentado efecto extraterritorial, abarca no solo a la declaración del tribunal extranjero, sino también al hecho generador del concurso, en tanto que para el dictado de la sentencia local, basta con que ese pronunciamiento se encuentre firme, aceptándose como suficientes los presupuestos por él admitidos, aunque no coincidan con los previstos en nuestra legislación.[73]

La declaración de concurso dictada en el extranjero, no opera como un hecho revelador del estado de cesación de pagos local, sino como un verdadero “hecho de quiebra” que obliga al juez concursal a la declaración falencial sin verificación alguna sobre la configuración de la cesación de pagos en la República.[74] De esta manera, independiza ambos procedimientos, siendo la sentencia argentina la que da inicio a un nuevo concurso local.[75] El fundamento de la norma radica en permitir al juez argentino la apertura del procedimiento sin necesidad de analizar la situación patrimonial del deudor, siendo una excepción a la regla general que impone al requirente probar los hechos reveladores del estado de cesación de pagos.[76]

La sentencia extranjera no adquiere extraterritorialidad en forma automática, sino que debe ser reconocida, no a través del procedimiento de exequátur, dado que no se pretende ejecutar la misma en el país, sino que debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos que impone el art. 517 del CPCCN, ello en virtud del art. 519 del CPCCN.[77] No necesariamente debe tratar sobre un procedimiento de quiebra o concurso, tal cual lo conoce nuestro derecho, debiendo admitirse aquellas que instrumenten un procedimiento colectivo de insolvencia.[78]

La posibilidad de invocar el concurso extranjero se encuentra restringida al deudor, y al acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Nos encontramos pues, frente a una condición material restrictiva para el ejercicio de la mentada facultad por parte del acreedor con crédito pagadero en el extranjero,[79] habiéndose considerado como un privilegio en favor de los denominados acreedores locales.[80] Ahora bien, esto no significa que el acreedor extranjero encuentre vedada la posibilidad de pedir la quiebra, sino que únicamente no podrá invocar el concurso extranjero como “causal”. [81] Respecto a aquellos créditos que tienen lugares de pago alternativos en beneficio del acreedor, dentro de los cuales uno está en Argentina, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se han pronunciado por aceptar a dichos créditos como locales.[82]

II. Falta de efectos en la República

La segunda parte del primer párrafo del art. 4 LCQ establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la REPUBLICA

ARGENTINA, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”.

Nos encontramos frente a un supuesto de inoponibilidad de la sentencia foránea frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país.[83] Habiéndose sostenido que esta norma es consecuencia del principio general según el cual el patrimonio del deudor extranjero existente en el país constituye la garantía exclusiva de los acreedores locales,[84] y que como principio no hay retroacción de la quiebra foránea.[85]

No se especifica qué efecto tiene la declaración de concurso extranjero en caso que no existan acreedores locales, pero si bienes en el país. Se ha propuesto que el juez establezca un procedimiento ad hoc que constate esa circunstancia, la cual podría ser desvirtuada por los acreedores hasta el momento de la transferencia de los fondos. Verificada la falta de acreedores locales, se podría solicitar el reconocimiento de la sentencia extranjera y promoverse la liquidación de los bienes, para transferir al exterior su producido, o bien, tratar a los bienes locales como si fueran el remanente o saldo.[86]

III. Preferencia nacional

En tanto este tema será objeto de un estudio minucioso en el capítulo II, se remite al mismo.

IV. Reciprocidad

El tercer párrafo del art. 4 LCQ dispone que “La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero”.

Aplicable tanto al concurso preventivo como a la quiebra,[87] la norma impone una condición de admisibilidad a la concurrencia[88] la demostración de la falta de discriminación en la ley extranjera, en su jurisprudencia dominante o en la práctica establecida lo cual implica que es indispensable su acreditación para poder ser admitido como acreedor concurrente. Esta norma no determina postergación en el tiempo, sino directamente la inadmisibilidad.[89]

Nos encontramos frente a una exigencia formal y no sustancial, lo cual implica que la declaración de inadmisibilidad no produce los efectos de la cosa juzgada sustancial, y admite una nueva insinuación por la vía de los incidentes de revisión y verificación tardía, teniendo como límite los plazos de caducidad y prescripción.[90]

La acreditación de la reciprocidad le será exigida al acreedor que no sea titular de garantía real cuyo crédito es pagadero exclusivamente en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior. En cuanto a su prueba, la norma no impone a nadie en concreto dicha carga.[91] En principio, le incumbe al acreedor interesado en la verificación, pero también puede ser acreditada por el juez, la sindicatura, los restantes acreedores,[92] e incluso por el propio concursado.[93]

V. Paridad en los dividendos

El último párrafo del art. 4 LCQ, dispone que: “Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causas de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.”

Aplicable tanto al concurso preventivo como a la quiebra,[94] se contempla aquí la situación del acreedor que, luego de abierto el concurso argentino, logró cobrar parte de su crédito en el extranjero.[95] De la exposición de motivos de la Ley N° 22.917 se desprende que dicha regla “...tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante la exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos...”

Se busca preservar la igualdad entre los acreedores, haciendo que la participación en el dividendo concursal argentino se disminuya en la proporción del beneficio recibido en el exterior.[96] Con él se procura restablecer la igualdad entre todos los acreedores quirografarios,[97] funcionando de manera diferente la par condicio creditorum según que el deudor se domicilie en el extranjero o en la Argentina. En el primer caso se buscaría restablecer la igualdad de los acreedores pertenecientes tan solo al concurso local, en tanto en el segundo, respecto a todos los acreedores quirografarios.[98]

En tanto la norma se refiere a los créditos quirografarios que se hayan cobrado en el extranjero con posterioridad a la apertura del concurso nacional, los pagos recibidos antes de declararse el concurso local resultarán plenamente válidos y serán descontados del crédito que se pretenda insinuar, debiéndose pedir la verificación solamente por el saldo insoluto. Por otro lado, la norma no especifica de qué forma el acreedor debe haber satisfecho su crédito, por lo que todo pago, ya sea judicial en proceso individual o colectivo o extrajudicial, queda abarcado.[99] El cobro de dichos créditos será imputado al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes.[100]

Capítulo II [\[arriba\]](#)

1. *Preferencia nacional*

El segundo párrafo del art. 4 LCQ dispone: “Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedor pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.”

2. *Origen*

En el derecho nacional la primera norma que estableció un sistema de preferencia a favor del acreedor local en caso de quiebra, la encontramos en el segundo párrafo del art. 1531 del Código de Comercio para el Estado de Buenos de 1859, que luego pasaría a ser el Código de Comercio de la Nación en 1862. La misma disponía:

“Declarada también la quiebra por los tribunales del Estado, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores del

Estado, resulte un sobrante. A ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero”.

En 1889 fue reformado el Código de Comercio, pasando la norma a estar contemplada en su art. 1385, pero suprimiéndose la parte final referida al síndico. Con igual redacción, fue mantenida durante la reforma de 1902 en el art. 5 Ley N° 4.156, y en la de 1933 en el art. 7 Ley N° 11.719.

Durante el período antes enunciado, la norma fue entendida como un sistema de preferencia local aplicable en caso de pluralidad de quiebras, por el cual los bienes situados en la República se liquidaban para su distribución paritaria entre los acreedores cuyos créditos fueran exigibles en el país, y solo en caso de existir sobrante, los acreedores pertenecientes al concurso extranjero podían concurrir sobre el mismo.[101]

Explica Mairal que esta norma, en casos de deudores con sede en el extranjero, encontraba su justificación en las épocas en que las comunicaciones internacionales no eran tan frecuentes y fáciles, dado que poca información tenían los acreedores nacionales sobre la situación financiera de las casas matrices, y ningún control podían ejercer los tribunales argentinos sobre la incorporación de pasivos a la masa extranjera. Pero distinta era la posición del acreedor extranjero del fallido con sede en la República, el cual quedaba colocado en un pie de igualdad con los acreedores locales, dado que el juez nacional podía controlar la existencia de los créditos ya que tenía acceso a la contabilidad del deudor y nadie podía llamarse a engaño sobre la posición patrimonial del deudor, pues sus bienes se encontraban, por lo general, dentro del territorio nacional.[102]

En 1972 la norma es incorporada como artículo 4 de la Ley N° 19.551, donde se le da la siguiente redacción al párrafo segundo:

“Abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él, tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero, éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros.”

Si bien la nueva norma no hacía referencia a la pluralidad de concursos, parte de la doctrina siguió interpretando a la preferencia como aplicable únicamente en dicho caso,[103] aunque la mención de los acreedores “cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero”, reforzó la idea que la prioridad funcionaba, existiera concurso extranjero o no,[104] siendo esta última postura la que prevalecería en la jurisprudencia.[105]

Se generaron dudas respecto de qué debía entenderse por pagadero “exclusivamente” en el extranjero,[106] y también en relación al ejercicio “individual” de los derechos del acreedor extranjero sobre el “remanente”, discutiéndose si resultaban o no verificables dichos créditos en el concurso argentino.[107] Así como también el cambio de la palabra “quiebra” por “concurso en el país”, trajo confusión respecto de si era aplicable o no al concurso preventivo.[108]

En 1983 la Ley N° 22.917 modifica el art. 4 de la Ley N° 19.551, dándole su redacción actual. Esta reforma implica la reimplantación del sistema vigente entre 1859 y

1972, con el agregado en los párrafos tercero y cuarto, de una condición de reciprocidad y un reconocimiento de los cobros percibidos en el extranjero por el acreedor concurrente en el concurso argentino, tendiente a nivelar paritariamente los dividendos.[109]

En 1995 la Ley N° 24.522 sustituye a la Ley N° 19.551 manteniendo la redacción del art. 4 en lo que a la regla de preferencia respecta, pero incorporando al último párrafo la excepción de acreditar la reciprocidad a los titulares de créditos con garantía real. Las posteriores modificaciones efectuadas por las Leyes N° 25.563, N° 25.589, N° 25.750, N° 26.086, N° 26.684 y N° 27.170 no introdujeron modificaciones al art. 4 LCQ.

3. Régimen vigente

3.1. Procesos en los que se aplica

El art. 4 LCQ luego de la reforma de la Ley N° 22.917 vuelve a referirse a la “quiebra en el país”, despejando las dudas que se habían suscitado anteriormente respecto a si resultaba aplicable la norma al concurso preventivo. Asimismo, al referirse a la postergación del cobro sobre el “saldo”, resulta evidente que se refiere a la quiebra, en tanto éste solo puede existir cuando hay liquidación de bienes.[110] Por lo expuesto, la preferencia, de acuerdo a la actual redacción, funciona únicamente en caso de quiebra en el país.[111]

El sistema de preferencia nacional se encuentra condicionado a la existencia de un previo concurso en el extranjero,[112] siendo la pertenencia al mismo su presupuesto de funcionamiento.[113] Ahora bien, al hablar de “concurso” formado en el extranjero, se ha interpretado como comprensivo de procesos no liquidativos v.gr. preventivos en los cuales el acreedor hubiera obtenido o pudiera obtener total o parcial satisfacción del crédito.[114]

3.2. El acreedor extranjero

Durante la vigencia tanto del Código de Comercio de 1862, como de la Ley N° 11.719, la jurisprudencia y algunos autores consideraron que la distinción entre acreedor local y extranjero debía tener en cuenta su residencia o domicilio.[115] Posteriormente varía dicha calificación, entendiéndose como acreedor extranjero aquel cuyo crédito resulta pagadero en el extranjero, independientemente de su nacionalidad, domicilio o residencia.[116] El lugar de pago surge del título de la obligación y puede ser designado por las partes o supletoriamente por la norma legal. En caso de obligaciones a cargo de ambas partes, se tiene en cuenta dónde debe cumplirse la asumida por el fallido, en tanto es la que se pretende verificar.[117]

Al hacer alusión al lugar de pago, se pasa a referirse a una cualidad del crédito y no ya del acreedor, por lo que debe hablarse de “crédito extranjero” y no de “acreedor extranjero”. La diferencia resulta relevante al advertir que un mismo acreedor, puede ser titular de un crédito local y otro extranjero, funcionando la postergación únicamente sobre este último.

A partir de la Ley N° 19.551, el lugar de pago del crédito exclusivamente en el extranjero es el que define la postergación al acreedor. Luego de la reforma de la Ley N° 22.917, a esta distinción (contemplada en los párrafos primero y tercero), se le suma el requisito de pertenencia al concurso extranjero,[118] el cual ha dado

lugar a diversas interpretaciones. Se ha considerado que existe dicha pertenencia, cuando: i) se posee un crédito con lugar de pago exclusivo en un país extranjero donde el deudor también se encuentre en concurso,[119] pudiendo presentarse a verificar, aunque no se lo haga;[120] ii) se ha solicitado la verificación del crédito en el concurso foráneo; iii) se ha obtenido verificación;[121] iv) se ha cobrado parte del crédito.

La primera de las interpretaciones es la que permite una clasificación objetiva del crédito extranjero, diferenciándolo del crédito local, sin hacerlo depender de la exclusiva voluntad del acreedor, lo cual dificultaría en la práctica la distinción. De esta manera, los créditos postergados son aquellos que resultan exclusivamente pagaderos en el extranjero y pertenecen a un concurso allí formado,[122] al haber podido el acreedor verificar en el mismo, aunque no lo hubiere hecho.

3.3. Actuación sobre el saldo

La actual redacción de la norma hace referencia al “saldo”, concepto técnicamente distinto al de “remanente” utilizado por la Ley N° 19.551. Dicho saldo, es el contemplado en el art. 228 LCQ, que se entrega al deudor luego de pagarse a los acreedores verificados, efectuarse la reserva para los pendientes de resolución, pagarse los gastos y costas del concurso, y los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra. La existencia de saldo implica una quiebra concluida por pago total.

Ante la imprecisión del texto al utilizar la expresión “actuarán”, surge el interrogante respecto de si es necesario que el acreedor perteneciente al concurso extranjero insinúe su acreencia en el concurso local ello a fin de obtener su verificación aunque quede postergado a la espera de la existencia de saldo. Lo cierto es que la norma permite las siguientes posibilidades: i) una insinuación colectiva del síndico de la quiebra extranjera en representación de los acreedores; ii) la actuación personal del acreedor para obtener su verificación y pago sobre el saldo, aunque dentro del proceso local; iii) la entrega del saldo al concurso extranjero que así lo requiera, previa justificación de la existencia de acreedores impagos; iv) la concurrencia individual de los acreedores foráneos una vez concluido el concurso, sobre el saldo entregado al deudor rehabilitado.[123]

Los pasos a seguir diferirán dependiendo del momento en que el acreedor o el concurso extranjero pretendan actuar sobre el saldo. Si esto ocurre con anterioridad a que el saldo sea entregado al fallido, es el juez de la quiebra quien debe resolverlo, pudiendo suceder que: i) si se verificaron los créditos extranjeros en la quiebra local, se podría distribuir paritariamente entre ellos, antes de entregar el saldo al deudor; ii) si no se verificaron, la actuación se regirá por el principio prior in tempore prior in iure; iii) existiendo créditos extranjeros verificados y otros que no, pareciera también que debiera distribuirse por el orden de las cautelas. En caso que el saldo haya sido entregado al deudor, regirá plenamente la regla de prioridad temporal de actuación cautelar.[124]

En los casos de conclusión de la quiebra por avenimiento, en tanto no existe “saldo”, se ha expresado que no resulta aplicable el sistema de preferencia local. Por consiguiente, el acreedor extranjero recupera su posibilidad de cobro integral de su acreencia hasta entonces diferida.[125]

Resulta importante resaltar, como lo hace Rouillon, que la rehabilitación del fallido lo libera de los saldos insolutos de la quiebra respecto de los bienes adquiridos con posterioridad, motivo por el cual, de no existir saldo o resultar insuficiente, los acreedores pertenecientes al concurso extranjero no podrán agredir los nuevos bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación.[126]

4. Naturaleza jurídica

Nos encontramos frente a un privilegio instaurado por una norma material, según la cual se regula directamente una preferencia entre créditos con distintos lugares de cumplimiento, argentino y extranjero.[127] En dicho sentido, estaríamos frente a un crédito que el ordenamiento jurídico le reconoce la posibilidad de ser pagado con preferencia a otro,[128] en el caso, al crédito perteneciente al concurso local con preferencia al crédito perteneciente a un concurso extranjero. De esta manera, el legislador al momento de determinar el orden de cobro dentro del proceso, dispuso que los acreedores pertenecientes a un concurso extranjero fueran postergados en sus derechos frente a los restantes acreedores locales.[129]

5. Fundamentos

A lo largo de las distintas redacciones que tuvo la norma referente a la preferencia nacional, los autores brindaron diversos fundamentos de su instauración, a saber:

i) la preferencia local se justifica sosteniendo que existe una suerte de litispendencia o cuasi litispendencia, toda vez que los acreedores extranjeros ya se hallan beneficiados por el producido de otro concurso foráneo.[130]

ii) la finalidad de la norma es la defensa de acreedores que hubieren basado sus expectativas de cobro en la capacidad de pago voluntario del deudor, en virtud del potencial económico radicado en el país.[131] Goldschmidt,[132] coincide en la finalidad del privilegio, pero sostiene que el acreedor solo pudo tener estas expectativas si el derecho aplicable al contrato hubiese sido derecho argentino, y para que ello ocurriera haría falta que el lugar de cumplimiento calificado según las normas indirectas del derecho argentino hubiera estado en Argentina. El autor solo concibe el privilegio en caso de contrato, y sostiene que el lugar de pago debe haberse instituido a favor del deudor, dado que en caso contrario el acreedor podría renunciar al lugar de pago en el extranjero y reclamar el pago en el domicilio del deudor en la República.[133]

iii) hay quienes sostienen que la norma reconoce su fundamento doctrinal en la defensa de los intereses de los acreedores verificados en el país, frente a posibles discriminaciones y disposiciones análogas en las legislaciones extranjeras, siendo una poderosa herramienta para conciliar los intereses encontrados que suelen poner obstáculos para lograr soluciones uniformes.[134]

Capítulo III [\[arriba\]](#)

1. Análisis constitucional

Involucrando la hipótesis de trabajo al análisis de una norma de Derecho Comercial desde la perspectiva del Derecho Constitucional, en el presente capítulo se establecerán las bases que permitan realizar dicho estudio desde el enfoque propuesto, esto es, en relación a las reglas, principios y valores contenidos en la

Constitución Nacional, como en los tratados de derechos humanos que la Argentina es parte, a la luz del concepto de control de convencionalidad del derecho interno.

2. Paradigmas y bases teóricas

Para poder entender el control de constitucionalidad y la forma en que se lleva a cabo, es necesario comprender los paradigmas jurídicos que sirven de presupuestos y sus diferencias, entre los cuales se encuentran el Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional.[135]

El Estado de Derecho Legal identifica el derecho con la ley, la cual es aplicada por el juez mediante su interpretación, recurriendo al procedimiento de subsunción. Se concibe al derecho como un sistema, cuyas notas características son la unidad, jerarquía, completitud, coherencia[136] e independencia. Reflejo de este paradigma resulta la tesis de Kelsen, que explica la validez de una norma en la pertenencia a un sistema, que se deriva a su vez de una norma fundamental la Constitución justificada en una hipótesis fundamental la voluntad del primer constituyente a la cual atribuye poder normativo y la supone válida.[137] Cuando la relación de coherencia entre las normas inferiores y la constitución se rompe, existe un vicio que es denominado “inconstitucionalidad”. [138]

Esta teoría resulta extremadamente rígida al considerar que el orden jurídico se integra solamente por normas, descartando los principios y valores. En la actualidad no se justifica la validez de las normas por el solo hecho de la autoridad que las dictó lo que determina su pertenencia al sistema sino que se exige que dicha autoridad tenga razones para hacerlo, las haga conocer y las someta a la crítica ciudadana.[139] De esta manera, se advierte la necesidad de revalorizar la función del juez, quien al dictar la norma individual, podrá ajustar la respuesta jurídica al caso concreto, en base a un razonamiento que explique y justifique su decisión.

Es así que a mitad del siglo XX comienza su desmoronamiento,[140] y se da paso al Estado de Derecho Constitucional, el cual se preocupa por incluir dentro del análisis de la validez jurídica la dimensión ética. Este paradigma diferencia el derecho de la ley, no siendo ya el poder legislativo el órgano preponderante, sino que toma relevancia la función del juez, quien tiene la última palabra. Esta concepción, sostiene que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico, y por ende intrínsecamente axiológico.[141] Es así que el análisis de la compatibilidad de las normas infra constitucionales, no se limita a un estudio exclusivamente normológico, sino que se recurre al estudio de su compatibilidad con los principios y valores contenidos en la constitución y con los derechos humanos.

Ya no se toma a la Constitución como un programa político que debe ser traducido en derechos por el legislador, sino que pasa a ser directamente una fuente de derecho que impone su contenido, especialmente sus valores y principio, frente al resto de las normas. El control constitucional no se limita ya a la mera constatación de la pertenencia de la norma al sistema, sino que implica analizar el cumplimiento de los principios y valores jurídicos contenidos en la Constitución en el caso concreto,[142] y por sobre todo la constatación del respeto a los derechos humanos, a través del control de convencionalidad que los órganos jurisdiccionales deben efectuar de oficio.[143]

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla en su art. 1 a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte,

como una fuente del derecho. A la vez el art. 2 impone que al interpretar las normas deben tenerse en cuenta los principios y valores jurídicos, demostrando la adopción del paradigma del Estado de Derecho Constitucional.

3. Sistema argentino de control constitucional

Si bien en la Constitución no se cuenta con una norma expresa que imponga el control judicial de constitucionalidad sobre las normas inferiores dictadas por los poderes constituidos,[144] se acepta que dicha función resulta compatible con el sistema republicano de gobierno.[145] Esta ha sido la postura sostenida por la CSJN desde los fallos “Sojo” y “Elortondo”,[146] y mantenida a lo largo del tiempo en su jurisprudencia.

El sustento normativo para ello se encuentra en los arts. 31 (en tanto establece la supremacía de la Constitución), 30 (al definir el carácter rígido), 43 (al habilitar la declaración de inconstitucionalidad en la acción de amparo) y 116 (al confiar a la Corte y demás Tribunales inferiores las causas que versen sobre puntos regidos por la constitución).[147]

El sistema adopta las características de jurisdiccional[148] difuso,[149] pudiendo plantearse por vía indirecta, o en forma directa,[150] por el titular actual de un derecho propio que se pretende ofendido, o por otros legitimados o titulares de intereses legítimos.[151] Los efectos de la declaración se limitan al caso resuelto, no produciéndose la derogación de la norma de carácter general, admitiéndose la declaración a instancia de parte o de oficio.[152]

4. Control de constitucionalidad

4.1. Control judicial

La teoría que mejor explica la necesidad del control judicial, es la del razonamiento justificatorio al cual necesitan recurrir los jueces para fundar sus decisiones.[153] Esta teoría, alejándose de la postura dogmático legalista, contempla al derecho como integrado por principios y valores, a la vez que enfatiza la función del juez como creador de normas individuales, entendiendo que este cumple una tarea importante al realizar la aplicación del derecho al caso concreto. En dicha función, el juez tiene el deber de justificar sus decisiones exponiendo los argumentos que lo llevan a tomar la misma.[154]

4.2. La interpretación como elemento esencial del control

En la doctrina se han intentado formular distintos modos de definir a la interpretación y al control constitucional, encontrándose por un lado una postura formalista y por el otro una sustancialista.[155]

La primera de ellas que se vincula con la teoría Kelseniana busca la comparación entre dos normas (una constitucional y otra infra constitucional) a efectos de determinar si son compatibles, y en caso negativo invalidar a la segunda. La postura sustancialista contempla dentro de sus presupuestos que el sistema jurídico no se conforma únicamente por normas, sino que también hay principios, valores y derechos humanos. Esto exige acudir a la técnica de “ponderación racional”,

quedando el test de constitucionalidad fuertemente asimilado al test de racionalidad.[156]

Esta última es la postura asumida por la Corte Suprema de la Nación, no limitándose únicamente a juzgar compatibilidades lógicas entre normas, sino procurando dar una respuesta jurisdiccional adecuada al caso, incorporando un esfuerzo creativo jurisprudencial por la tutela efectiva de los derechos humanos.[157]

4.3. Control de convencionalidad

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido una gran incidencia en la legislación interna sobre todo a partir de la reforma de 1994, al dar jerarquía constitucional a diversos tratados llevando a que el tradicional control de constitucionalidad abarque también el control de convencionalidad.[158]

Dicho control ha sido exigido por la CIDH en los casos “Almonacid Arellano” y “Trabajadores del Congreso”, al sostener que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...”.

La CSJN reconoció que para la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debía seguirse la jurisprudencia de la CIDH,[159] y que las directivas de la Comisión IDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención.[160] Ahora bien, en el caso “Fontevecchia” aclaró que la obligatoriedad de las sentencias dictadas por el tribunal internacional, lo son en el marco de sus potestades, no constituyendo una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales.[161]

5. Forma de llevar a cabo el control

5.1. Principio de relatividad de los derechos y de legalidad

Si bien en estado de naturaleza los derechos no tienen límites en sí mismos, cuando el individuo entra en relación con los demás surge la necesidad de limitarlos para permitir la convivencia social.[162] El art. 14 CN introduce el principio de relatividad en el ejercicio de los derechos y de legalidad en su reglamentación. El primero presupone que todos los derechos pueden sufrir limitaciones, no hay derechos absolutos en su ejercicio, en tanto que el segundo[163] implica que solo una ley en sentido formal y material puede reglamentar los derechos (ver. O.C. 6/86 CIDH).[164]

Las limitaciones a los derechos individuales por razones de interés general se encuentran contempladas en diversos tratados que revisten jerarquía constitucional, entre los cuales se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 32.2°); la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. XXVIII) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.2°).

Ahora bien, es necesario destacar que la contracara de lo antes expuesto se encuentra en el art. 19 CN, el cual protege de la intervención estatal a aquellas

acciones privadas que no afecten el orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

5.2. Contenido de los derechos

En cuanto al contenido de los derechos, lo que se vincula con su no alterabilidad, se han elaborado diversas teorías. Por un lado, las absolutas y por el otro las teorías relativas. Dentro de las primeras se encuentra la del núcleo duro, que asimila a los derechos esenciales como dos anillos concéntricos. En el interno se encuentra el núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable. En el círculo externo se encuentra un contenido accidental y periférico del derecho, sobre el cual no recae la prohibición absoluta de afectación.

Por su parte, las teorías relativas entienden que el contenido esencial del derecho fundamental no puede ser una medida preestablecida y fija, por lo que los autores lo asimilan a la exigencia de razonabilidad, sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial.[165]

5.3. Garantía de no alteración y principio de razonabilidad

De lo antes expuesto, se desprende la facultad del poder legislativo de limitar los derechos fundamentales en aras de permitir la convivencia social. Ahora bien, para analizar la constitucionalidad de dichas intervenciones en cada caso concreto, es necesario recurrir a la garantía de inalterabilidad del contenido esencial, y al principio de razonabilidad. Ambos se encuentran contemplados en el art. 28 CN,[166] el cual establece que los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Así lo ha sostenido la Corte Suprema, erigiendo a la razonabilidad en garantía de que la reglamentación legislativa no alterará a los derechos fundamentales.[167]

Por su parte, el principio de razonabilidad, importa "una prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada".[168] Se advierte en consecuencia, que el principio de razonabilidad a su vez se encuentra conformado por tres sub principios, el de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

No resulta incompatible la teoría del núcleo duro con la teoría relativa,[169] de esta forma, el art. 28 CN al prohibir la alteración de los principios, derechos y garantías, reconoce un contenido esencial que no puede ser afectado, pero a su vez al extraerse del mismo artículo el control de razonabilidad, debe necesariamente realizarse la verificación de la no alteración de los derechos constitucionales involucrados.[170]

5.4. Método para efectuar el control

Para analizar la adecuación de la norma a la Constitución y los tratados de derechos humanos, se deberá partir del control de razonabilidad, ello en base a la comprobación de los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

El primero lleva a indagar cuál es la finalidad de la norma, y si la misma es adecuada para cumplirla. Ésta debe tener un fin, el cual no debe estar prohibido por la constitución, y debe ser socialmente relevante.[171] El intérprete debe considerar

no solo los fines expresamente expuestos por el legislador, sino aquellos que realmente se persiguen, y en caso de contradicción entre ambos, deberá estarse a la finalidad real.[172] Establecida la misma, su adecuación debe ser analizada al momento que produce sus efectos, y no a la fecha de su dictado. Finalmente, el juzgador debe examinar los impactos sociales de la medida, para determinar si alcanzó la finalidad que se proponía, siendo admisible que la cumpla, aunque sea parcialmente.[173]

El juicio de necesidad implica analizar si la medida adoptada por el legislador es la que restringe en menor forma el derecho constitucional en cuestión, en comparación con otras que resultarían igualmente eficaces. Se busca pues que dentro de las diversas medidas disponibles para llegar al fin deseado, el legislador utilice la menos gravosa para el derecho fundamental a reglamentar.[174] Esto implica un juicio de eficiencia, es decir que la medida se comparará únicamente con aquellas que tengan similar grado de eficiencia en la consecución del fin buscado, para luego comparar de qué manera restringe cada una el derecho constitucional en juego. La norma en estudio será constitucional si restringe en forma igual o menor el derecho en relación a las otras medidas posibles.

El juicio de proporcionalidad “stricto sensu” consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, radicando el problema en determinar qué significa la relación razonable en cada caso.[175] El análisis en cuestión implica aceptar la existencia de dos bienes jurídicos en pugna, uno en virtud del cual se restringe un derecho fundamental y se erige como finalidad que la norma persigue, y el derecho restringido en sí mismo.

Han surgido diversas teorías que intentan resolver la oposición entre derechos o bienes jurídicos, dentro de las cuales encontramos el método de jerarquización y el método de ponderación o “balancing test”. El primero importa el establecimiento de jerarquías de derechos, de modo que ante la confluencia de ellos, se recurrirá a una tabla que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior.[176] El “balancing test” implica contrapesar los bienes jurídicos en pugna de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante en el supuesto y cual debe ceder, lo que en la práctica genera resultados idénticos a la jerarquización.[177]

Ambos métodos han sido criticados al sostenerse que no cabe hacer prevalecer un derecho por sobre otro, sino que deben ser armonizados.[178] Para ello los jueces deben cuidar que el ejercicio legítimo de un derecho no sea destruido por otro, buscando en cada litigio el mejor ajustamiento posible de los bienes en juego, que respete el núcleo esencial de cada derecho. De esta manera, la metodología adecuada para la armonización es la del contenido esencial de los derechos, la cual implica mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, su naturaleza, el bien que protegen, su finalidad y su esfera de funcionamiento razonable.[179]

Capítulo IV [\[arriba\]](#)

Habiendo desarrollado en los capítulos precedentes la forma en que el control de constitucionalidad debe llevarse a cabo, así como la regulación que el derecho nacional de fuente interna como convencional da a los procesos falenciales con elementos extranjeros, cabe introducirse sin más en la validación de la hipótesis.

1. Articulación con las normas constitucionales

El art. 4 párr. 2° LCQ se relaciona con diferentes derechos que han sido reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que cabe indagar cuáles son esas vinculaciones y si existe algún grado de afectación a los mismos.

a. Derecho de propiedad

En primer lugar, nos encontramos con el derecho de propiedad contemplado en el art. 14 CN y en diversos tratados internacionales,[180] y con el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art. 17 CN. Cabe en consecuencia indagar si la postergación que introduce el art. 4 párr. 2° LCQ en relación al acreedor perteneciente a un concurso extranjero, violenta su derecho de propiedad.[181]

Este derecho no es absoluto y está sujeto a reglamentación,[182] en tanto no se altere la sustancia del mismo, y sea en protección del interés público.[183] Es así que se distinguió entre suspensión y frustración del derecho de propiedad. Mientras no se alterara la integridad del crédito, sino sólo su postergación transitoria, la sustancia o esencia de tal derecho no se vería vulnerada.[184] Pero no siempre se justificó cualquier avance sobre el derecho de propiedad, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de normas que restringen irrazonablemente el mismo y lo desvirtúan,[185] a la vez que la CIDH se ha pronunciado en diversos fallos responsabilizando a los estados por la violación al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica.[186]

Las restricciones mencionadas fueron analizadas respecto de relaciones jurídicas entre sujetos in bonis, pero cabe examinar si funcionan de la misma manera en los procesos concursales. En el marco del concurso preventivo, el art. 43 de la Ley N° 24.522 permitía ofrecer como fórmula concordataria una quita de hasta el 60% del crédito, límite que luego de las reformas de las Leyes N° 25.563 y N° 25.589 fue eliminado, sin que ello haya traído en general reproches de inconstitucionalidad.[187]

Queda pues en el ordenamiento concursal como límite a la homologación del acuerdo preventivo lo dispuesto por el art. 52 inc. 2 LCQ, referente a que el pago resultante del acuerdo no puede ser menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes, así como la imposibilidad de homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley, contemplado en el inciso 4° de la misma norma.

De esta manera, frente a un deudor insolvente se admite que el acreedor vea disminuido el capital al cual tenía derecho, sin contarse con un monto mínimo que deba respetarse. La razón que justificaría las quitas sufridas por los acreedores, radicaría en que en los procesos concursales primaría la justicia distributiva.[188]

En el marco específico de la quiebra, nos encontramos con la posibilidad cierta que el crédito verificado quede absolutamente insatisfecho, ello en virtud de existir acreedores que al detentar un privilegio se cobren con la totalidad del activo falencial, no quedando bienes que liquidar para satisfacer las restantes acreencias, no pudiendo atacar aquellos que ingresen al patrimonio del deudor luego de su rehabilitación (art. 107 LCQ). Estas normas no han recibido embate constitucional.

En base a lo expuesto precedentemente, no se advierte que la regla de preferencia afecte el derecho de propiedad y constituya una confiscación. En primer término, porque en los procesos concursales se admite la posibilidad que el activo no alcance para hacer frente a todos los créditos. Por consiguiente, el derecho de propiedad del acreedor no se ve violentado por el hecho de resultar absolutamente incumplido su crédito a causa de la impotencia patrimonial de su deudor. Si bien existe un incumplimiento de una obligación que afecta un derecho del acreedor, la misma tiene fundamento en la imposibilidad de pago por falta de activo y no en la voluntad de la ley o el estado de impedir el cobro de determinado sujeto. Por dicho fundamento, tampoco se advierte una violación a los tratados internacionales, ni a la doctrina emanada de los fallos de la CIDH.

b. Derecho de acceso a la jurisdicción

Cabe analizar si la postergación del acreedor perteneciente al concurso extranjero implica de alguna manera una afectación al derecho de acceso a la jurisdicción.[189] Su reconocimiento constitucional deriva del art. 18 CN, al disponer la inviolabilidad de la defensa en juicio, y del Preámbulo, al establecer el objetivo de afianzar la justicia,[190] complementándose a su vez con los tratados internacionales.[191]

La CSJN en el caso “Ramiro Peláez v. S.A. La Superiora”[192] lo conceptualizó como la facultad de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, pero el derecho no se agota en el acceso al órgano jurisdiccional,[193] sino que requiere el cumplimiento del debido proceso,[194] que la pretensión se resuelva mediante una sentencia oportuna, fundada y justa.[195]

En dicho sentido la CIDH ha expresado en el caso “Ruano Torres y otros vs. El Salvador” que:

“el debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa”.

En relación a la regla de preferencia nacional, el legislador no ha vedado el acceso al órgano jurisdiccional, ni afectado la garantía del debido proceso. Tal como se expuso anteriormente, el acreedor perteneciente al concurso extranjero puede verificar en el proceso local, obteniendo una sentencia que reconozca su derecho, aunque su cobro dependa de la existencia de saldo. En consecuencia, no se violenta el derecho de acceso a la jurisdicción, ni las garantías judiciales reconocidas tanto por la constitución como por los tratados internacionales de derechos humanos.

c. Derecho a la igualdad

En tanto el art. 4 párr. 2° LCQ efectúa una distinción entre los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero y los acreedores locales, cabe analizar si se afecta en alguna medida el derecho a la igualdad.

Reconocido dentro de la Constitución en su preámbulo, y en los arts. 16, 20 y 75 inc. 23, a la vez que contemplado en diversos tratados internacionales,[196] se ha expresado que el art. 16 CN estableció los fundamentos formales de igualdad, para

los habitantes de la Nación, principio que en consonancia con el art. 20 CN comprende también a los extranjeros.[197] Ahora bien, no es la diferenciación en sí misma lo vedado por las normas, en tanto el derecho se vale de categorías, sino la discriminación prejuiciosa, la diferenciación de categorías en base a datos inadecuados, implicando hostilidad contra grupos de personas o contra individuos dentro de dichos grupos.[198]

Nuestra Constitución Nacional en su art. 20 incorpora como categoría sospechosa[199] a la nacionalidad extranjera, por lo cual toda norma que base una diferenciación en la nacionalidad está sujeta a un control estricto de razonabilidad y debe responder a un fuerte interés público.[200]

La preferencia local introducida en el art. 4 LCQ, genera una diferenciación entre dos categorías de acreedores en base a una cualidad objetiva del crédito,[201] la pertenencia al concurso formado en el extranjero del crédito pagadero exclusivamente en dicho lugar.[202] Ahora bien, el solo hecho de tomar un elemento objetivo, para efectuar la clasificación, no implica que la norma no afecte el derecho a la igualdad,[203] en tanto cabe analizar si el elemento sobre el cual la norma basa la diferenciación resulta adecuado, necesario y razonable, o por el contrario implica hostilidad contra grupos de personas o contra individuos dentro de dichos grupos.

Se advierte que la regla de preferencia para acreedores locales contenida en el art. 4 LCQ, podría violar el derecho a la igualdad de los acreedores extranjeros si la misma estuviera fundada o sostenida en razones que se consideren irrazonables, injustificadas, por inadecuadas, innecesarias o carentes de proporcionalidad. Ergo, seguidamente se procederá a efectuar el condigno análisis sobre tales aspectos e implicancias

2. Control de razonabilidad

2.1. Juicios de adecuación. Finalidad de la norma
En el capítulo II apartado 5 de este trabajo se expusieron los fundamentos dados por la doctrina a la regla de preferencia local, los cuales se analizan en profundidad a continuación.

Se sostuvo que la postergación del acreedor perteneciente al concurso extranjero busca prevenir una suerte de litispendencia,[204] ello resulta carente de sustento legal, en tanto debe existir una triple identidad: de partes, de causa y de objeto, que puedan generar sentencias contradictorias.[205] En virtud del primer párrafo del art. 4 LCQ, el concurso extranjero no puede ser invocado para disputar derechos respecto de bienes situados en la República, ni para anular actos celebrados con el concursado. Asimismo, el último párrafo a través de la regla de paridad de los dividendos, produce la corrección de cualquier desigualdad que pudiera darse en el concurso local a causa de cobros efectuados en el extranjero, motivo por el cual no se advierte la posibilidad de pronunciamientos contradictorios.

Por otra parte, se ha justificado la regla en la defensa de acreedores que hubieren basado sus expectativas de cobro en la capacidad de pago voluntario del deudor, en virtud del potencial económico radicado en el país.[206] Este razonamiento parte de una presunción que no se encuentra justificada, toda vez que no existe base legal[207] o elementos objetivos que lleven a sostener cuáles fueron los bienes que cada acreedor tuvo en miras para otorgar crédito.[208] A su vez, trae implícita la

presunción,[209] que el acreedor perteneciente al concurso extranjero no ha tenido en cuenta los bienes radicados en la República, lo cual resulta de suma gravedad, al tener como efecto la restricción de sus derechos.

¿Fijar lugar de pago equivale a basar las expectativas de cobro sobre el patrimonio allí radicado? Nada lleva a deducir lógicamente dicha consecuencia. Cualquier sujeto que otorga crédito, analiza la contabilidad de su deudor para determinar la capacidad de pago, de lo cual surgen los activos existentes en la República como en el extranjero. Nada lleva a concluir que el acreedor por el hecho de fijar lugar de pago en un país basa sus expectativas de cobro en dicho lugar, pudiendo ello responder a un criterio de comodidad o agilidad en el comercio, en tanto frente al incumplimiento, se puede requerir el reconocimiento y ejecución de sentencia en el extranjero. En la misma línea de pensamiento, el acreedor extranjero puede tener en miras los bienes locales como garantía de cumplimiento, en tanto pueden ser ejecutados válidamente.

Sumado a lo expuesto, resulta de difícil armonización con la existencia de acreedores involuntarios v.gr. la víctima de un accidente de tránsito, o consumidores de productos defectuosos que resultan nocivos los cuales no han querido siquiera ser acreedores del deudor concursado. En consecuencia, no puede sostenerse que una persona dañada en el país ha tenido en miras el patrimonio local del responsable. Dicho sujeto pretenderá agredir en su totalidad los bienes radicados en la República y en el extranjero, hasta tanto se lo indemnice en forma integral.

Aun admitiendo que en su origen el instituto tuvo como fundamento las “expectativas de cobro” del deudor local sobre los bienes radicados en la República,[210] de conformidad con el art. 2 CCyCN, cabe hacer una interpretación evolutiva,[211] lo que lleva a sostener que dicha justificación ha perdido toda actualidad. Hoy en día el acceso a la información es mucho más fácil que en la fecha en que fue sancionada la norma, y por consiguiente cualquier acreedor, tanto local como extranjero, puede con cierto grado de certeza conocer los bienes que el deudor tiene en otros países.[212]

Respecto al último de los argumentos el cual fundamenta la norma en la defensa de los intereses de los acreedores verificados en el país, frente a posibles discriminaciones y disposiciones análogas en las legislaciones extranjeras [213] parte de la presunción en abstracto, o al menos de la posibilidad, que los ordenamientos extranjeros discriminen a los acreedores pertenecientes al concurso local. Tal como se estudia más adelante,[214] las modernas legislaciones en la materia propician la no discriminación a los acreedores extranjeros, siendo cada vez más los estados que receptan en sus ordenamientos estas disposiciones. Ello lleva a sostener que paulatinamente va perdiendo vigencia este argumento.

Ahora bien, a diferencia del párrafo 3 del art. 4 LCQ, aun probándose que el acreedor local no resulta discriminado en el extranjero, igualmente el acreedor perteneciente al concurso foráneo es postergado en su actuación al saldo, lo cual lleva a controvertir que el real motivo de la norma sea la defensa del interés del acreedor local.

Sumado a lo hasta aquí expuesto, existen ciertos interrogantes que llevan a cuestionar la validez de los fundamentos dados a la norma en estudio, y que merecen ser analizados.

a. ¿El hecho de pertenecer el acreedor a un concurso extranjero, de por sí es motivo suficiente para postergarlo frente al acreedor local?

Frente a la insolvencia, los procedimientos de concurrencia colectiva de acreedores, buscan moralizar y moderar las relaciones del deudor con sus acreedores, y de estos entre sí, rigiendo la regla de la par condicio creditorum, según la cual todos los acreedores de iguales características deben recibir un tratamiento parejo.[215] La mencionada igualdad, se da entre aquellos acreedores que de conformidad a su posición personal, sufran un idéntico grado de sacrificio frente a la insolvencia del concursado.[216]

En virtud de lo expuesto, cabe indagar si la insolvencia perjudica en forma desigual al acreedor local y al perteneciente al concurso extranjero, de forma tal que permita establecer una diferenciación entre ellos.

Como primera aproximación, se advierte que la diferenciación que se efectúa no tiene en cuenta la naturaleza del crédito, sino que en última instancia se relaciona con el lugar de pago, en tanto esto es lo que determinará la pertenencia o no al concurso extranjero. De tal manera, se establecerán dos categorías distintas, el acreedor local y el perteneciente al concurso extranjero, aunque la naturaleza de su crédito sea la misma (v.gr. financiero, comercial, laboral, etc.).

Para justificar la diferenciación efectuada por la norma, sin transgredir la par condicio creditorum, es necesario que la insolvencia afecte en forma desigual a ambos acreedores. ¿De qué forma el acreedor extranjero se vería perjudicado en menor medida que el acreedor local? Quizás en el hecho de poder participar de la distribución de los bienes comprendidos en el concurso local, y los existentes en el concurso extranjero. Pero nada lleva a sostener al menos como regla general que el acreedor local no pueda presentarse en el concurso extranjero y concurrir sobre los bienes allí radicados, lo cual lo pondría en la misma situación.

La pertenencia al concurso extranjero por sí solo no implica que el acreedor se encuentre en una mejor condición que el local. En caso que existan numerosos bienes en el extranjero, sobre los cuales se pudiera cobrar y sean escasos los bienes locales, a través de la regla de paridad de dividendos se podrá descontar lo percibido en el extranjero de lo que le corresponde en el concurso local, y de esta manera igualarlo a los acreedores locales.[217] A su vez, en el concurso foráneo podrían no existir bienes a liquidar o resultar escasos, en tanto que en el concurso local podría contarse con numerosos bienes, lo que llevaría a sostener que es el acreedor extranjero el que se encuentra perjudicado en mayor medida por la insolvencia.

Es necesario destacar que mientras el deudor se encuentra in bonis ninguna diferenciación se efectúa en relación al lugar de pago de la acreencia, pudiendo el acreedor ejecutar una sentencia extranjera sobre los bienes del deudor radicados en la república.[218] Ahora bien, producida la insolvencia el legislador otorga relevancia a un elemento que anteriormente resultaba indiferente, para en base a ello, determinar la pertenencia a un concurso extranjero y diferenciar entre acreedores de la misma naturaleza.[219]

La pertenencia a un concurso extranjero no implica por sí mismo que el acreedor se encuentre afectado en menor medida que el acreedor local por la insolvencia de su

deudor. Siendo ello así, no resulta válido distinguir entre sujetos que se encuentran sometidos por la naturaleza de su crédito a un igual grado de sacrificio.[220]

El hecho que el acreedor pueda cobrar parte o el total de su crédito en el extranjero no implica que se encuentre en una situación distinta, en tanto el art 4 LCQ lo equiparará al acreedor local disminuyendo su crédito local en la medida que se haya satisfecho en el concurso foráneo.

b. ¿Es imputable al acreedor extranjero que la legislación del país de donde tramita el concurso al cual pertenece discrimine al acreedor argentino? Como se viera, se ha justificado la preferencia referida en la necesidad de defender los intereses de los acreedores verificados en el país, frente a posibles discriminaciones y disposiciones análogas en las legislaciones extranjeras.

Ahora bien, el postergar a un acreedor perteneciente al concurso extranjero no implica defender al acreedor local frente a las discriminaciones de otros ordenamientos jurídicos foráneos, sino hacer cargar al particular con las consecuencias negativas de una legislación estatal, respondiendo ello más a la intención de fortalecer la economía de un país frente a la de otros cuyos fundamentos serán de política general y derecho público que a la justicia distributiva individual.[221]

El acreedor extranjero tan solo debe responder por su propio actuar y no por la legislación vigente en el lugar de pago de su acreencia.[222] En dicho sentido, en los casos que pretenda cobrar tanto en la quiebra local como la foránea, tiene un indudable efecto moralizador la regla de la paridad de los dividendos, la cual mantiene la igualdad entre los acreedores.

c. ¿Es justificado responder una discriminación con otra discriminación? ¿Permite la instauración de este tipo de preferencias arribar a resultados satisfactorios?

No se desconoce que este tipo de posturas han sido tradicionalmente utilizadas por los estados, pero se objeta su efectividad para llegar a resultados satisfactorios. Responder una discriminación con otra, tan solo genera que se multiplique este tipo de medidas y que se caiga en el aislamiento.[223] No solo ello, se generan distorsiones en el comercio que obligan a los particulares a recurrir otras vías que les permitan quedar a salvo de las discriminaciones, v.gr. a través de fijar lugares alternativos de pago o estructurar todo su operatoria comercial en base a resguardarse de las posibles consecuencias negativas. Esto sin lugar a dudas conlleva la elevación de costos y el descrédito frente a los mercados, retrayendo la voluntad de invertir en estados en los que impere este tipo de reglas.

d. ¿Debe el derecho argentino proteger al acreedor local? ¿Dicha protección implica postergar al acreedor extranjero?

El derecho argentino debe brindar al acreedor las vías legales para la satisfacción de su crédito, ya sea en forma individual o colectiva, de lo contrario se estaría violando el derecho de propiedad consagrado como un derecho humano en la Constitución y en tratados internacionales. No existe un mandato constitucional tendiente a la protección del crédito nacional cuando el mismo entre en concurrencia con un crédito extranjero, es más, el art. 20 CN consagra la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.

Es cierto que podrá argumentarse que la diferenciación entre acreedor perteneciente al concurso local y al extranjero no se da en base a la nacionalidad, ni al domicilio del acreedor, sino en base a un criterio objetivo, el lugar de pago, pero no escapa al intérprete de la norma que la gran mayoría de los acreedores que establezcan lugar de pago fuera del país lo harán por ser extranjeros.[224] En dicho sentido, se ha sostenido que a veces, la nacionalidad es disfrazada de domicilio en este caso de pertenencia al concurso extranjero para sostener que se está frente a una diferenciación objetiva,[225] cuando en realidad no es cierto.[226]

Lo dicho lleva a cuestionar la pretendida objetividad de la norma, en tanto en la gran mayoría de casos abarcará a acreedores cuyo rasgo distintivo será el ser extranjero, por más que presuntamente no lo tenga en cuenta.[227]

El Derecho argentino está llamado a proteger el crédito en tanto el mismo tenga un punto de contacto razonable con sus normas y no afecte el orden público, sin importar el lugar donde deba pagarse. Dicha protección debe efectuarse siempre respetando la igualdad de los acreedores y no introduciendo diferenciaciones que si bien pueden tener base objetiva, procuran privilegiar a unos sobre otros.

e. La justicia distributiva como fundamento filosófico

Habiéndose dicho que la naturaleza jurídica de la preferencia nacional es la de un privilegio, el cual se otorga al acreedor local frente al acreedor perteneciente a un concurso extranjero, es menester indagar sobre el fin y la justificación de los privilegios en el ordenamiento concursal. En este sentido, se ha expresado que la justificación constitucional de los mismos solo puede ser hallada en razones objetivas, derivadas de la necesidad de preservar la equidad que nutre la justicia distributiva a cuya luz debe procederse al reparto, o de tutelar otros intereses superiores de la comunidad en general.[228]

Por consiguiente, la concurrencia de acreedores en un pie de igualdad no lo sería en el sentido de la justicia conmutativa buscando preservar la equivalencia de prestaciones entre sujetos vinculados por una relación de cambio sino que sería una igualdad bajo las pautas de justicia distributiva, interesando las relaciones que se establecen entre todos los acreedores al concurrir ante un mismo patrimonio, y tratando de mensurarse el derecho de cada uno para participar en la masa a repartir.

La justicia distributiva tiene en cuenta los méritos a efectos de realizar el reparto y la distribución.[229] De esta manera, existiendo una comunidad (los acreedores concurrentes) y bienes comunitarios (el activo falencial), estos últimos se distribuirán distinguiendo entre aquellos a los cuales el concurso perjudique en una forma particular y merezcan una diferente protección en el reparto.[230]

Tal como se adelantara precedentemente, la pertenencia al concurso foráneo no implica una mejor situación frente a la insolvencia del deudor,[231] e incluso puede implicar una situación perjudicial en relación al acreedor local.[232] Por consiguiente, no se advierte que la postergación del acreedor extranjero al saldo implique la protección de un tipo de acreedor que se vea particularmente perjudicado por el concurso y merezca una protección diferenciada.

Sumado a lo expuesto, la postergación tampoco responde a la protección de un interés superior de la comunidad en general, en tanto nos encontramos frente a procedimientos que regulan derechos disponibles, a la vez que no existe óbice para

que el acreedor extranjero ejecute bienes radicados en el país cuando el acreedor se encuentra in bonis, lo que determina que no existe un interés público en impedir ejecuciones locales relacionadas con créditos extranjeros.

Por lo expuesto, el privilegio en cuestión no resulta justificable desde la óptica de la justicia distributiva.[233]

f. Síntesis

En virtud a lo hasta aquí expuesto, se concluye que la regla de preferencia nacional no cuenta con una finalidad que se encuentre justificada bajo criterios de justicia, y no responde a una necesidad social, sino que encierra una discriminación injusta entre dos grupos de acreedores, que si bien se basa sobre un elemento objetivo del crédito (lugar de pago), el mismo no es adecuado a los fines de diferenciarlos.[234] Ello en tanto no demuestra una afectación desigual de los derechos que permita privilegiar a unos sobre otros. Esto deriva en la violación del derecho de igualdad contemplado en los arts. 16 CN; 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica;[235] II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sumado a lo expuesto, también se aprecia una hostilidad contra los acreedores extranjeros en los términos del artículo 20 CN, dado que si bien se pretende enmascarar bajo un elemento objetivo, en la práctica el universo de acreedores comprendido por la norma estará compuesto en su mayoría por extranjeros.

2.2. Juicio de necesidad

Pese a lo dicho, cabe indagar si la norma superaría el juicio de necesidad, es decir, si dentro de las diversas medidas disponibles para llegar al fin deseado, el legislador utilizó la menos gravosa para el derecho fundamental a reglamentar.

De esta forma, aun asumiendo que la norma reposara sobre una finalidad constitucionalmente aceptable, y por consiguiente resultarían válidos los fundamentos antes estudiados, se advierte que el mismo art. 4 LCQ en su último párrafo, a través de la regla de paridad en los dividendos, trae una medida que resulta hábil para arribar a dichos fines, equiparando y protegiendo al acreedor local.[236]

La postergación del acreedor extranjero al saldo resulta excesiva, en tanto son escasas las quiebras que terminan por pago total. Los fines perseguidos podrían ser realizados tan solo obligando a computar en la quiebra local lo cobrado en el proceso extranjero, estableciéndose de esta manera una real protección del acreedor local que respetara la igualdad entre los acreedores concurrentes.

En consecuencia, se advierte que al comparar la regla de “preferencia local” con la de “paridad en los dividendos”, esta última se muestra como igualmente eficaz para arribar a la protección del acreedor local, pero menos restrictiva de los derechos del acreedor extranjero. De ello se desprende que el segundo párrafo del art. 4 LCQ, deviene innecesario frente a la existencia de una opción menos restrictiva de los derechos, no superando el juicio de necesidad.

2.3. Juicio de proporcionalidad “stricto sensu”

El análisis en cuestión implica aceptar la existencia de dos bienes jurídicos en pugna, uno en virtud del cual se restringe un derecho fundamental y se erige como finalidad que la norma persigue, y el derecho restringido en sí mismo.

De lo expuesto anteriormente, se sigue que no existe un enfrentamiento entre dos bienes jurídicos tutelables, en tanto no hay en nuestro ordenamiento un mandato constitucional de proteger al acreedor local. Por consiguiente, no se daría un choque entre dos derechos diferenciados, dado que la naturaleza del derecho sería la misma, la cual se ha pretendido diferenciar por razón de la quiebra.

Ahora bien, aun asumiendo que la norma contara con un fin válido, se violaría el contenido esencial del derecho a la igualdad, en tanto la diferenciación no se encuentra sustentada en criterios razonables.[237]

2.4. Conclusión parcial

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que la regla de preferencia nacional contemplada en el art. 4 párrafo 2° LCQ no ha superado el control de razonabilidad, implicando una restricción irrazonable del derecho de igualdad.

3. *Articulación con procesos de integración regional*

3.1. Armonización de las legislaciones internas
El sistema de pluralidad adoptado por el art. 4 LCQ dificulta los procesos de integración regional en los que Argentina participa,[238] los cuales requieren la armonización de sus legislaciones nacionales, de modo que permita que los acreedores cuyos créditos deban ser abonados en uno de los Estados no sean injustamente discriminados en la quiebra declarada en otro.[239]

Frente a la falta de un acuerdo internacional en el marco del Mercosur sobre el tema,[240] la disparidad de legislaciones internas tiene como resultado que los operadores elijan al momento de invertir o instalar una empresa, aquel país más beneficioso legislativa y jurisdiccionalmente, lo cual va en detrimento de la integración.[241] En dicho sentido, al analizar las normativas locales de los estados miembros, se advierte que no existe una regulación que someta a idénticas reglas al momento de instalarse en cualquiera de ellos, presentándose grandes divergencias en relación a la adopción de la preferencia nacional.

Brasil adscribe al sistema de la territorialidad.[242] Algunos autores sostienen que la Ley N° 11.101 no adopta ninguna regla referente al sistema de preferencias locales,[243] y los acreedores extranjeros deben ser equiparados a los nacionales,[244] otros, haciendo una interpretación extensiva sobre la competencia exclusiva y excluyente del juez brasileño relativa a litigios referentes a inmuebles situados en Brasil, sostienen que existe una preferencia local, por la cual el acreedor extranjero (no residente) quedará postergado al remanente.[245]

En Uruguay, la Ley N° 18.387 sigue los lineamientos de la Ley Modelo UNCITRAL y los principios del Banco Mundial,[246] trasluciendo una vocación por la unidad.[247] Su art. 242 establece como regla general el principio de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros,[248] aunque lo sujeta a condición de reciprocidad. Exceptúa de dicha igualdad a los créditos laborales con privilegio

general, a los cuales le otorga preferencia sobre los bienes ubicados en el territorio nacional.

Paraguay en el art. 8 de la Ley N° 154/1969 adopta el sistema de pluralidad de quiebras. La norma resulta similar a la de los anteriores Códigos de Comercio argentinos,[249] al relegar a los acreedores pertenecientes al concurso extranjero a la actuación sobre el remanente, luego de que los acreedores locales hubiesen cobrado íntegramente sus créditos. En opinión de Lebrón, esta preferencia nacional constituye una especie de super privilegio a favor de los acreedores locales.[250] En la actualidad se encuentra en trámite el “Proyecto de Ley de Resolución de la Insolvencia”, el cual adopta las previsiones de la Ley Modelo de UNCITRAL.[251]

Venezuela[252] pese a contar con una Ley de Derecho Internacional Privado, no hace referencia expresa a la insolvencia transfronteriza, sino que en lo que aquí interesa, regula solo sobre la jurisdicción internacional en acciones relativas a universalidades de bienes (art. 41). Frente a la mencionada ausencia, recurre al Código de Comercio (dec. Ley N° 14.379) que se ocupa del instituto de la quiebra a nivel local.[253] No existen disposiciones tendientes a reconocer la insolvencia de sociedades o comerciantes extranjeros.[254] Dicha normativa trae una regulación nacional, territorialista, que tan solo contempla la convocatoria al acreedor extranjero al proceso local (art. 959).[255] Este criterio también se aplicaría al crédito extranjero, al no decir nada la ley respecto de su procedencia. Es así que el acreedor extranjero está sujeto a insinuar en el procedimiento su crédito, al igual que los acreedores del lugar de la quiebra o de los residentes en la República que no se encuentran en el lugar del juicio.[256]

Dentro de los países asociados al Mercosur, es interesante destacar que Chile mediante la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, regula la insolvencia transfronteriza incorporando la Ley Modelo UNCITRAL. En lo que al trato al extranjero respecta, el art. 312 dispone que éstos tienen los mismos derechos que los acreedores nacionales, y se sujetan a las reglas de prelación de créditos contenidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil.[257]

Por su parte, Colombia mediante la Ley N° 1.116 del 2006, también incorporó a su derecho interno las previsiones de la Ley Modelo. El art. 98 reconoce a los acreedores extranjeros los mismos derechos que los nacionales respecto de la apertura y participación en el proceso, sin que ello afecte el orden de prelación de los créditos con arreglo a las normas colombianas.

Bolivia en sus procedimientos internos predica la universalidad, en tanto que adopta la territorialidad a nivel internacional. El art. 1489 del Código de Comercio establece que el crédito del acreedor que deba hacerse efectivo en Bolivia “tendrá primacía con relación a los créditos que deban pagarse en el extranjero”, por lo que consagra la preferencia nacional frente a todo acreedor foráneo, sin distinguir según pertenezca o no a un concurso extranjero.[258]

Perú contiene la regulación sobre insolvencia transfronteriza en 3 normas diferentes: el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley N° 27.809.[259] El art. 2105 del Código Civil se refiere a la sentencia extranjera de quiebra, por la cual la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú se ajustará a la ley peruana en cuanto a los bienes allí situados y a los derechos de los acreedores. Se regirá por la ley peruana la formación, administración y liquidación de la masa allí radicada, satisfaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el país, según la graduación señalada en la Ley N° 27.809. A falta de acreedores

domiciliados ni acreencias inscritas en Perú, o si satisfechos estos créditos resulta saldo, el mismo es remitido al administrador de la quiebra extranjera, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.[260] Se ha sostenido que esta disposición resulta por lo menos discutible en el terreno constitucional al existir una clara discriminación respecto a los acreedores extranjeros.[261]

Tal como surge del estudio de las legislaciones de los estados miembro del Mercosur, existe una gran divergencia de regulaciones en relación a los procedimientos de insolvencia transfronteriza, y respecto de la preferencia nacional en particular. Dicho estado de situación entorpece la armonización pretendida por el art. 1 del Tratado de Asunción.

3.2. Modernas fuentes de regulación

Es relevante resaltar que las modernas regulaciones sobre el tema propician la no discriminación a los acreedores extranjeros. En dicha línea se puede encontrar los Principios del Banco Mundial, que destacan como factores clave para manejar en forma efectiva las cuestiones transfronterizas relativas a procedimientos de insolvencia “...La no discriminación entre acreedores, sin atender a la nacionalidad, residencia o domicilio de las partes involucradas”. [262]

La Ley Modelo de UNCITRAL, adoptada por 45 países,[263] es una herramienta de soft law tendiente a dotar a los países de normas internas modernas en materia de insolvencia transfronteriza, buscando la armonización legislativa entre los distintos estados. En su art. 13 reconoce el derecho de los acreedores extranjeros a gozar de los mismos derechos que los nacionales respecto de la apertura del procedimiento y la participación en él, aclarando que si bien el orden de prelación se rige por la ley del foro, no se asignará a los créditos de extranjeros una prelación inferior a créditos ordinarios sin garantías.[264]

El Reglamento Europeo N°848/2015 que sustituyó al N°1346/2000 resulta un instrumento comunitario con efecto directo sin necesidad de transposición legislativa. Por esta vía se pretende alcanzar un efecto universal del procedimiento de insolvencia.[265] El mismo faculta a los tribunales nacionales a iniciar procedimientos que deberán ser automáticamente reconocidos por los restantes estados miembro. Prevé la coordinación entre procesos principales y secundarios. En particular prevé que todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario, así como la representación del síndico en la presentación de los créditos en los demás procesos, no imponiendo postergación alguna respecto a los extranjeros (art. 45).

3.3. Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza

Se encuentra en trámite ante el Ministerio de Justicia de la Nación un anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza,[266] el cual recepta y adapta al Derecho argentino la Ley Modelo de UNCITRAL. El mismo no se inserta dentro de la LCQ, sino que se ha optado por la sanción de una ley especial, adecuando las normas actuales para que resulten compatibles. En busca de la uniformidad internacional de las soluciones, el sistema procura la coordinación de procedimientos concursales independientes, ello sin establecer un régimen unificado de derecho sustancial, sino mediante disposiciones de índole procesal.

Dentro de sus principales características se encuentran: i) la competencia para reconocer procesos extranjeros y en materia de cooperación trasfronteriza se determina de conformidad a las normas argentinas; ii) el síndico argentino puede actuar en otro estado conforme a la ley argentina, o a la extranjera si es compatible; iii) se establece la reserva de orden público; iv) se puede prestar asistencia adicional fundada en otras normas, respetando la igualdad de trato de los acreedores locales y extranjeros, previniendo el fraude y respetando la prelación de los créditos según la ley argentina; v) el representante del concurso extranjero tiene acceso directo a los tribunales de la República, para pedir la apertura de un nuevo concurso, solicitar medidas cautelares o participar del concurso local; vi) se reconoce igualdad al acreedor extranjero y al local para solicitar la apertura del concurso en la República o participar en él; vii) los privilegios se rigen por la ley del foro; viii) si al acreedor extranjero no le correspondiera privilegio, integrará la categoría de quirografarios; ix) no se exige exhorto diplomático para el reconocimiento de la sentencia concursal extranjera; x) el procedimiento extranjero se reconoce como “principal” si tramita donde se encuentra el centro de los principales intereses del deudor, o como “no principal” si tramita donde tiene un establecimiento; xi) se posibilita la toma de medidas cautelares conjuntamente con el pedido de reconocimiento del concurso extranjero, o con posterioridad; xii) se faculta a la comunicación directa con tribunales o representantes extranjeros; xiii) se establecen normas de coordinación de procedimientos; xiv) se contempla la problemática de los grupos de empresas.[267]

En lo que específicamente se relaciona con la preferencia nacional aquí tratada, el anteproyecto en su art. 13 consagra la paridad entre acreedores extranjeros y locales, sosteniéndose que uno de los objetivos perseguidos es “...proteger los intereses de todos los afectados por las insolvencias con efectos internacionales...”. [268]

Seguidamente, establece que los privilegios en el concurso local se rigen por la ley argentina, y si por aplicación de esta norma a un crédito extranjero no le correspondiera privilegio, participará en el concurso con igual categoría que los créditos quirografarios locales, salvo que el crédito tuviera carácter subordinado conforme a la ley argentina o extranjera aplicable.

Por su parte, el art. 38 del anteproyecto modifica la redacción del segundo párrafo del art. 4 LCQ, estableciendo que en caso de pluralidad de concursos, el acreedor perteneciente al proceso extranjero no reconocido deberá denunciar su pertenencia al mismo, acreditando el monto por el cual fue verificado en dicho concurso y los pagos percibidos, quedando sometido a la regla de paridad en los dividendos.

Se ha omitido calificar lo que debe entenderse por “pertenencia” al concurso extranjero, desprendiéndose de su redacción que se ha optado por interpretarlo como la efectiva verificación en el proceso foráneo. De esta forma se elimina la subordinación respecto de los créditos locales.

Sin lugar a dudas, el anteproyecto viene a subsanar las graves deficiencias que la norma actual posee, adaptando la legislación a las modernas regulaciones en la materia y eliminando la irrazonable postergación que el segundo párrafo del art. 4 LCQ contiene.

Conclusiones [\[arriba\]](#)

En base al estudio efectuado precedentemente, se arriba a las siguientes conclusiones:

La regla de preferencia nacional contenida en el art. 4 párrafo 2° LCQ no supera el control de razonabilidad, al no aprobar el juicio de adecuación, en tanto el fin perseguido por la misma encubre una discriminación injusta.

A dicha conclusión se arriba mediante la refutación de los argumentos que justificaban la regla, demostrando que: i) no existe riesgo de pronunciamientos contradictorios, por lo que no procede la litis pendencia; ii) no se advierten fundamentos objetivos que permitan sostener que el acreedor local basó sus expectativas de cobro en los bienes radicados en el país; iii) la pertenencia al concurso extranjero por sí misma no justifica la distinción entre los acreedores; iv) no resulta razonable hacer cargar a los particulares con las consecuencias de las legislaciones discriminatorias de países extranjeros, sino tan solo por sus propias conductas; v) no resulta beneficioso responder una discriminación del ordenamiento extranjero con una actitud similar; vi) no resulta justificable bajo ningún criterio de justicia postergar al acreedor extranjero, en tanto se encuentra afectado en igual medida por la insolvencia del deudor; vii) no existe un mandato constitucional que obligue a la protección del crédito nacional cuando el mismo entre en concurrencia con un crédito extranjero; viii) la pretendida objetividad basada en el lugar de pago no resulta tal, sino una forma indirecta de abarcar un idéntico grupo de acreedores, los extranjeros, sin tener que alegar la discriminación en base a la nacionalidad.

Tampoco se supera el juicio de necesidad, al resultar la regla de paridad en los dividendos una solución menos restrictiva de los derechos del acreedor extranjero, haciendo innecesaria la preferencia local para arribar a los fines pretendidos. Respecto al juicio de proporcionalidad, se advierte que no existen dos derechos en pugna, sino que se pretende diferenciar en forma irrazonable a acreedores de la misma naturaleza.

En consecuencia, existe una afectación al derecho de igualdad contemplado en el art. 16 CN, especialmente en relación a los extranjeros, al ser la categoría mayoritariamente abarcada por la discriminación (art. 20 CN), y de los arts. 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, así como de la jurisprudencia de la CIDH. También de los arts. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello en tanto que la diferenciación basada en el lugar de pago (que es lo que determina la pertenencia al concurso foráneo) resulta irrazonable para diferenciar a los acreedores.

Los modernos instrumentos creados en materia de insolvencia transfronteriza van en el camino de una equiparación de los acreedores locales y extranjeros, reconociendo la igualdad de derechos entre ambos. En esta línea, la Ley Modelo de UNCITRAL ha sido ya adoptada por 45 países en el mundo, entre los cuales se encuentran estados vinculados a la Argentina por medio del Mercosur. A efectos de lograr la armonización legislativa pretendida en este proceso de integración, resulta aconsejable adoptar las previsiones de la Ley Modelo, en tanto no se avizora en lo inmediato un instrumento comunitario que regule la materia.

Si bien los Tratados de Montevideo de 1940 de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho Procesal Internacional contienen la regla de preferencia local, Uruguay en su norma interna ha acogido los principios del Banco Mundial y de la Ley Modelo, en tanto que en Paraguay existen iniciativas a dichos fines, por lo que

se advierte que los estados contratantes van en camino a su abandono, lo que demandará la corrección o sustitución de los tratados.

Corroboración de la hipótesis

En base a las conclusiones expuestas, se ha corroborado la hipótesis en cuanto a la inconstitucionalidad del privilegio instaurado por el art. 4 párrafo 2° LCQ, por contener una restricción irrazonable del derecho a la igualdad.

Propuesta

A corto plazo, se propone la adopción de un criterio jurisprudencial que declare la inconstitucionalidad de la regla de preferencia local y admita al acreedor perteneciente al concurso extranjero en las mismas condiciones que el nacional, utilizando la regla de paridad en los dividendos para garantizar la par condicio creditorum.

Como solución al problema, se propicia la aprobación por el Congreso Nacional del Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza que se encuentra en estudio por el Ministerio de Justicia de la Nación, el cual adecúa la legislación a los modernos estándares internacionales, eliminando toda discriminación respecto al acreedor extranjero y permitiendo su participación en el proceso en un grado de igualdad con el acreedor local, manteniendo la regla de paridad en los dividendos.

* Director: Dr. Esteban Carlos Skratulia Tribunal: Tomás Araya, Alejandro Claps, Estanislao Ortiz Nota: 10 Año: 2019

Agradecimientos

Quiero agradecer a Esteban Skratulia por su dedicación en la dirección del presente trabajo y sus importantes aportes, los cuales me permitieron cumplir con la tarea emprendida.

También quiero agradecer a mi esposa Andrea, por su apoyo y paciencia, sin los cuales no hubiera sido posible este trabajo.

A mis padres Olga y Daniel, a mi hermana Florencia, mi primo Federico, mi tía Elena y mi abuelo Ignacio, por su constante acompañamiento y apoyo.

Abreviaturas [\[arriba\]](#)

CCyCN - Código Civil y Comercial de la Nación

CIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos

CN - Constitución Nacional

CNCom - Cámara Nacional en lo Comercial

Comisión IDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CPCCN - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CSJN - Corte Suprema de Justicia de la Nación

E.D. - Revista Jurídica Argentina El Derecho

J.A. - Revista Jurisprudencia Argentina

L.L. - Revista Jurídica Argentina La Ley

L.L. - online Revista Jurídica Argentina La Ley versión online

LCQ - Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522.

RDCO - Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones

SCMendoza - Suprema Corte de Mendoza

TMDCT - Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre

Bibliografía [\[arriba\]](#)

Alberti, Edgardo, “¿Es aplicable el artículo 4° de la ley 19.551, a todos los concursos, o solamente a las quiebras?”, L.L. (1981 A) 768.

All, Paula M. y Albornoz, Jorge R. “La insolvencia transfronteriza. Supuestos contemplados. Necesidad de reforma”, L.L. (2008 B) 1039.

Araya, Tomás M., “Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza”, L.L. (2005 B) 1174.

Aristóteles, Ética a Nicómaco, traducción de Albano Sergio, 1° ed., Gradifco, Bs. As., 2008.

Aznar, Vicente, “Hacia un nuevo derecho concursal argentino”, Alveroni, 2004.

Becue, Sabrina, “Insolvencia transfronteriza: contribución al fortalecimiento del Mercosur”, Rev. Sec. Trib. Perm. Rev., 7 (2016).

Berçaitz, Ana Lía, “La nueva Ley de Concursos y el Derecho Internacional Privado”, E.D. (1972 43).

Bidart Campos, German J. “Notas de actualidad constitucional”, E.D. (104 1018).

Manual de la Constitución Reformada, T. I, 5° reimpresión, Ediar, Bs. As.

Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, t. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1983.

Cayumil Fernández y Venegas Fierro, “Regulación de la insolvencia transfronteriza: recepción de la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza en la ley 20.720”, disponible en <http://repositoriodigital.ucsc.cl/handle/25022009/1131>.

Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional”, Revista Investigación y Docencia N° 24 (1994).

Corzo de la Colina, Rafael y Agurto Isla, Renzo, “Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú”, Revista IUS ET VERITAS, 51 (2015).

Feldstein de Cardenas, Sara Lidia, Derecho Internacional Privado y de la Integración, La Ley, Bs. As., 2012.

Fernández Arroyo, Diego P., Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Zavalía, Buenos Aires, 2003.

Feuillade, Milton, Competencia internacional civil y comercial, Ábaco, Bs. As., 2004.

Fresnedo de Aguirre, Cecilia, “La nueva ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial: un importante avance en sintonía con los principios internacionales en la materia”, Revista DeCITA (2009).

Gagliardo, Mariano, “Presunciones”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., (2018) 3, L.L. (2018 F), L.L. online: AR/DOC/1994/2018.

Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, tomo I, 5° ed., La Ley, 2018, Bs. As.

Gerbaudo, Germán E., Insolvencia transfronteriza, Astrea, 2011.

Goldschmidt, Werner “El artículo 4° de la ley 9.551”, E.D. (100 853).

Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, 10° edición actualizada por Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009

Gualino, Martín, “La tutela de los acreedores extranjeros ante la insolvencia a la luz del Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza”, Revista Argentina de Derecho Concursal, 22 (2019), cita online: IJ DCCXL 17.

Heredia, Pablo, “Estado legislativo de las naciones que integran el Mercosur en cuanto al tratamiento de las quiebras con elementos extranjeros”, L.L. online: AP/DOC/4973/2012.

Tratado exegético de derecho concursal, tomo I, Ábaco, Bs. As., 2000.

Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y

convencionalidad)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 10 (2008).

Ibarlucía, Emilio A., "Sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales", L.L. (2016 F) 834, L.L. online: AR/DOC/2720/2016.

Kaller de Orchansky, "Reflexiones sobre el art. 4 de la ley de concursos, antes y después de su reforma", RDCO (1983).

Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra, 4° ed., Bs. As, 1995.

Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, traducción de Nilve, 4° edición, Eudeba, 2003.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, (2015 237), L.L. online: AR/DOC/392/2015.

Kiper, Claudio Marcelo, "La discriminación", L.L. (1995 B).

Klein Vieira, Luciane - Gomez Chiappini, Carolina, "La problemática de la quiebra internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales?", Revista DeCITA (2009).

Lorente, "Breve panorama e inventario del novísimo anteproyecto de reformas a la ley concursal", E.D. t. 176.

Mairal, Héctor A., "El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos", L.L. (1981 C) 1190, L.L. online: AR/DOC/20047/2001.

Moisá, Benjamín, "El derecho, su lesión y su restitución según el realismo jurídico clásico", L.L. online: AR/DOC/522/2011.

Noguera, Sebastián Miguel, "Justicia distributiva, igualdad de los acreedores y el derecho concursal argentino", L.L. online: AR/DOC/2275/2007

Noodt Taquela, María Blanca, "Concursos y Quiebras", en Fernández Arroyo (coordinador), Derecho Internacional Privado de los Países del Mercosur, Zavalía, Bs. As., 2004.

Palacio, Lino Enrique Derecho Procesal Civil, tomo VI, 2 ed., Abeledo Perrot, 2011.

Pallares, Beatriz -Kilibarda, Claudia, "Perspectivas desde el pluralismo metodológico en el Derecho internacional Privado", E.D. (161 1071).

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, Derecho Constitucional Argentino, t. 1, 2° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

Quiroga Lavié, Humberto, Derecho Constitucional, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.

Rabbi y Cabanillas, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo I, La Ley, 2014.

Radzynski, Alejandro P., “La acción de ineficacia concursal en el Derecho Internacional Privado Argentino”, E.D. (132 371).

“Sistema de Derecho Internacional Privado Concursal Argentino”, RDCO (1990 A).

Rapallini, Liliana Etel, Temática de Derecho Internacional Privado, Lex, La Plata, 2002.

Rodríguez, Mónica Sofía, “Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas del Mercosur: ¿Una quimera o una necesidad?”, pág. 245, <http://www.eumed.net/tesis doctorales/2010/msr/indice.htm>

“El régimen de la insolvencia internacional en el Derecho de Fuente Interna argentino”, Revista Científica de UCES, XI, (2007 2).

Rouillon, Adolfo A. N. “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1999 37).

“Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina”, RDCO (1984).

“Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983), RDCO (1984 97) 102.

“Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, (2000 38).

Código de Comercio comentado y anotado, Tomo IV A, La Ley, 2007.

Sagües, Néstor, Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Bs. As., 2018.

Salort de Orchansky, Gabriela J., “La regla de la reciprocidad en los procesos de insolvencia transfronteriza”, L.L. online, AP/DOC/1426/2013.

Sancinetti, Marcelo A., “El artículo 4to de la ley 19551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte”, L.L. online: AR/DOC/1096/2001.

“El artículo 4 de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma”, RDCO (1984 97) 102.

Scotti, Luciana, “La Insolvencia Internacional a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino de Fuente Interna”, Revista electrónica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja', (2007 1).

Serna, Pedro Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, Buenos Aires, 2000.

Silva Tamayo, Gustavo E., “Razonabilidad y proporcionalidad como límites al ejercicio del poder de policía”, L.L. (2016 F) 87.

Smith, Juan Carlos, “Los concursos civiles y comerciales en el Derecho Internacional Privado”, Revista Notarial (1974 80).

Solá, Juan Vicente, Control Judicial de Constitucionalidad, 2° ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2006.

Sosa, Toribio, “Composición del derecho al debido proceso”, SJA, 31/01/2018, 147; J.A. (2018 I), L.L. online: AP/DOC/1090/2017.

Spota, Alberto A., “El juez constitucional”, L.L. (2017 D) 724, L.L. online: AR/DOC/1608/2017.

Uzal, María Elsa, “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”, E.D. (161 1056).

Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado, 1° ed., La Ley, Bs. As., 2008.

Valcarce, Arodín, “El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia”, J.A. (1996 I) 737, L.L. online: 0003/001580.

Vásquez M, Acevedo Prada R. (2014).”Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Argentina y Venezuela”. Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas Universidad La Gran Colombia, (16 104).

Vigo, Rodolfo Luís y Gattinoni de Mujía María, Tratado de Derecho Judicial, Abeledo Perrot, Bs. As. 2013.

Vigo, Rodolfo L., “Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias”, SJA 02/08/2017, 3; J.A. (2017 III) 968; L.L. online: AP/DOC/650/2017.

“Razonamiento justificatorio judicial”, Revista Doxa 21, (1998 2).

Villa, Adriana V., “El régimen de DIPr de la ley uruguaya de concursos de 2008: sus avances con relación al sistema argentino actual”, Revista DeCITA (2009).

Villanueva, Julia, Privilegios, Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

Weinberg de Roca, Inés M., “Concursos internacionales en la ley 24.522”, E.D. (170 978).

Notas [\[arriba\]](#)

** Trabajo final para optar al título de Magister en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.*

[1] El punto de partida se encuentra en la glosa de Acursio (efectuado hacia el año 1228) al primer título del primer libro del Codex (3° parte del Corpus iuris de Justiniano).

[2] Cfr. Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, t. I, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 8; Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, 10° ed. actualizada por Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 3.

El caso jusprivatista multinacional es aquel que se encuentra vinculado a una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales (Cfr. Boggiano, págs. 79 a 90).

[3] Dicha concepción parte del estudio de la estructura de la norma indirecta como norma propia del Derecho Internacional Privado.

[4] Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional", Revista Investigación y Docencia N° 24 (1994), pág. 13.

[5] Cfr. Boggiano, pág. 195.

[6] Cfr. Fernández Arroyo, Diego P., Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Zavalía, Buenos Aires, 2003, págs. 42 a 47.

[7] Idem, pág. 49. Conf. Rapallini, Liliana Etel, Temática de Derecho Internacional Privado, Lex, La Plata, 2002, pág. 348, "la cooperación jurisdiccional internacional es un mecanismo de ayuda entre Estados, cuya finalidad es afianzar los principios de certeza y seguridad jurídica a través del reconocimiento de los decisorios emanados de autoridades locales y que requieren de ser cumplidos fuera de su territorio".

[8] Idem, pág. 54.

[9] Cfr. Uzal, María Elsa, "El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica", E.D. 161-1056; Pallares, Beatriz -Kilibarda, Claudia, "Perspectivas desde el pluralismo metodológico en el Derecho internacional Privado", E.D. 161-1071.

La norma de conflicto se caracteriza por dar la solución del caso mediante la elección indeterminada del derecho material (ya sea nacional o extranjero). Este método se denomina indirecto, por brindar indirectamente la solución material designando el derecho que resolverá el caso.

La norma material es un derecho privado adaptado especialmente a la naturaleza multinacional del caso y exclusivamente aplicable a este, sin necesidad de recurrir a las soluciones previstas para casos locales. Este método se denomina de creación.

La norma de policía auto limita exclusivamente la aplicación del derecho nacional a un caso multinacional, fundado en considerar como insustituibles ciertas normas materiales internas que protegen intereses nacionales. Este tipo de norma se caracteriza por un método de autolimitación del derecho material propio. (Cfr. Boggiano, págs. 96 a 126).

[10] Los procedimientos de insolvencia transfronteriza se caracterizan por la existencia de un patrimonio internacionalmente disperso y créditos originados o exigibles en diversos países.

[11] Cfr. Uzal, María Elsa, Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado, 1° ed., La Ley, Bs. As., 2008, pág. 2.

[12] Cfr. Noodt Taquela, María Blanca, "Concursos y Quiebras", en Fernández

- Arroyo (coordinador), Derecho Internacional Privado de los Países del Mercosur, Zavalía, Bs. As., 2004, pág. 1353.
- [13] Cfr. Rapallini, p. 251; Scotti, Luciana, “La insolvencia internacional a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna”, Revista electrónica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja' (2007-I), pág. 160, <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/127/104> (disponible en internet el 29-VII-2019).
- [14] Cfr. Rapallini, pág. 251.
- [15] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 181.
- [16] Cfr. Scotti, pág. 161.
- [17] Ibidem.
- [18] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 156. El reconocimiento con fines probatorios es el sistema adoptado por el art. 4 LCQ, con el único objeto de la apertura de un concurso local, negando cualquier otro efecto.
- [19] Idem, págs. 158 a 159.
- [20] Cfr. Scotti, pág. 162.
- [21] Cfr. Berçaitz, Ana Lía, “La nueva Ley de Concursos y el Derecho Internacional Privado”, E.D. (1972-43), pág. 1110.
- [22] Cfr. Scotti, p. 163; Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 156.
- [23] Cfr. Gerbaudo, Germán E., Insolvencia transfronteriza, Astrea, Bs. As., 2011, pág. 17, con cita de Story.
- [24] Ibidem, con cita de Massé; Scotti, pág. 163.
- [25] Ibidem.
- [26] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1354.
- [27] Cfr. Gerbaudo, pág. 18, con cita de Kaller de Orchansky. Este sistema es utilizado en los Tratados de Montevideo.
- [28] Cfr. Rouillon, Adolfo A., “Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 38 (2000), págs. 144 a 145.
- [29] Ver Art. 75 inc. 22 C.N.; art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Ley N° 19.865); art. 1 CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Ley N° 22.921).
- [30] Ratificado por Ley N° 3.192, vincula a la República Argentina con Bolivia, Colombia y Perú.
- [31] Cfr. Goldschmidt, p. 1016; Berçaitz, pág. 1110.
- [32] Cfr. Feldstein de cardenas, Sara Lidia, Derecho Internacional Privado y de la Integración, La Ley, Bs. As., 2012, pág. 453; Rodríguez, Mónica Sofía, “Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas del Mercosur: ¿Una quimera o una necesidad?”, pág. 245, <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2010/msr/indice.htm>, (disponible en internet el 26-IX-2019); Berçaitz, pág. 1110. Noodt Taquela, pág. 1367, sostiene que el sistema es mixto.
- [33] Cfr. CSJN Fallos 98:169; Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 438; Noodt Taquela, pág. 1365.
- [34] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 438; Berçaitz, pág. 1110.
- [35] Conf. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 440, son aquellas medidas conducentes a conservar la integridad del patrimonio. Hay quienes sostienen que la norma hace referencia a las mismas medidas que se tomaron en el juicio que originó el estado de quiebra, mientras otros postulan que son las que la ley de cada estado fija.
- [36] Art. 40: “Entiéndese por acreedores locales, que corresponden al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.”
- [37] Esto implica independencia de procesos, en donde cada uno se rige exclusivamente por su lex for, a la vez que existe una separación de masas. Una

vez satisfecho los acreedores locales, el remanente queda a disposición de los procesos extranjeros.

[38] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 439.

[39] Cfr. Rodríguez, p. 251; Kaller de orchansky, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra, 4° ed., Bs. As, 1995, pág. 505. En contra Noodt Taquela, pág. 1371; Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 443.

[40] Cfr. Rodríguez, pág. 251.

[41] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1368.

[42] Idem, pág.1367.

[43] Cfr. Kaller de orchansky, págs. 503 a 505.

[44] Cfr. Rodríguez, pág. 256, “Nada dice el tratado con respecto a las medidas personales a disponer en caso de juicio único, por cuanto, es lógico deducir que la competencia en el caso corresponde al juez del domicilio comercial conforme las atribuciones acordadas en el artículo 35 propias de un proceso concursal.”

[45] Aprobado mediante Decreto 7771/56, vigente con Paraguay y Uruguay.

[46] A diferencia del de 1889 que lo denominaba “De las falencias”.

[47] Véase art. 53 TMDCT de 1940.

[48] CSJN, Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L., 24/2/2009; CNCom., sala B, Ridiwel S.A., 22/6/2000, L.L. (2001-A), pág.142.

[49] Cfr. CNCom., sala A, Compañía Smarter S.A. s/ pedido de quiebra, 10/08/12.

[50] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1370.

[51] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 453, con cita de Lascano.

[52] Conf. Rouillon, “Concursos con repercusión transnacional...”, pág. 145.

[53] El art. 1531 del Código de Comercio para el Estado de Buenos de 1859, que luego pasaría a ser el Código de Comercio de la Nación en 1862, es la primera norma en regular el instituto. Posteriormente sustituido por el arts. 1383 del Código de Comercio de 1889; art. 5 de la Ley N° 4.156; art. 7 Ley N° 11.719; art. 4 Dec. Ley N° 19.551/72; art. 4 Ley N° 22.917 y art. 4 Ley N° 24.522.

[54] Cfr. Scotti, pág. 170.

[55] Ibidem.

[56] Cfr. Rouillon, Adolfo A.N., Código de Comercio comentado y anotado, Tomo IV-A, La Ley, Bs. As., 2007, pág. 76; Heredia, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, tomo I, Ábaco, Bs. As., 2000, pág. 285.

[57] Cfr. Feuillade, Milton, Competencia internacional civil y comercial, Ábaco, Bs. As., 2004, pág. 298.

[58] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1374. Boggiano, págs. 1216 a 1218. Radzimirski, Alejandro P., “Sistema de Derecho Internacional Privado Concursal Argentino”, RDCO (1990-A), pág. 201, para quien en estos casos la sentencia extranjera no puede ser invocada a los efectos del art. 4 párr. 1 LCQ, y la sentencia argentina no tendría efectos forzosamente territoriales.

[59] Cfr. Feuillade, p. 291. Radzimirski, Alejandro P., “La acción de ineficacia concursal en el Derecho Internacional Privado Argentino”, E.D. 132-371, nota al fallo Juz. Nac. Comercial N° 2, Federal, S.A. (Delbene Hnos y Sabia Ltda.) s/quiebra s/inc. de medida cautelares, 14/10/1987.

[60] Cfr. Boggiano, págs. 1213 a 2014. Scotti, pág. 165.

[61] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., págs. 526 a 527. En contra Heredia, pág. 251.

[62] Cfr. Berçaitz, pág. 1110.

[63] Cfr. Rouillon, Adolfo, “Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina”, RDCO (1984-102), pág. 788.

[64] CNCom., sala A, Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo, 9-12-1922, E.D. 155-270; Radzimirski, “Sistema...”, pág. 200.

[65] Cfr. Scotti, pág. 165. Quedan excluidos los derechos extra patrimoniales (art.

108 inc. 1 LCQ).

[66] Cfr. Heredia, pág. 266.

[67] Idem, pág. 275. Ver art. 152 CCyCN.

[68] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 532.

[69] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1376. Con cita de Romero del Prado y caso "Arthur Martin"; Rouillon, Código de Comercio..., pág. 76; Radzynski, "Sistema...", pág. 212.

[70] Cfr. Rodríguez, Mónica Sofía, "El régimen de la insolvencia internacional en el Derecho de Fuente Interna argentino", Revista Científica de UCES, XI (2007-2), con cita a Zavala Rodríguez, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/155/El_r%C3%A9gimen_de_la_insolvencia.pdf?sequence= (disponible en internet el 26-VII-2019).

[71] Cfr. All, Paula M. y Albornoz, Jorge R. "La insolvencia transfronteriza. Supuestos contemplados. Necesidad de reforma", L.L. (2008-B) 1039; Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 523. En contra CNCom., sala A, Kestner S.A. s Concurso s/inc. por la concursada al crédito de International Petroleum Serv. Inc. y James A. Lewis Engineering, 19-4-1983.

[72] Cfr. Scotti, pág. 174; Berçaitz, págs. 1110 a 1111.

[73] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 533.

[74] Cfr. Rouillon, Adolfo A. N., "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", RDCO, 1984 (97/102), pág. 794.

[75] Cfr. Heredia, pág. 291, con cita de Provinciali.

[76] Cfr. Rouillon, "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1999-37), pág. 17; Scotti, pág. 174.

[77] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 534.

[78] Cfr. Rouillon, "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina (a propósito...)", pág. 795. En contra Smith, Juan Carlos, "Los concursos civiles y comerciales en el Derecho Internacional Privado", Revista Notarial (1974-80), pág. 1003, quien entiende que la frase "la declaración de concurso en el extranjero" alude específicamente a la quiebra.

Conf. Boggiano, pág. 1217, en el caso de una sociedad local en los términos del art. 124 LGS, los jueces argentinos tendrían jurisdicción exclusiva, por lo que no cabe reconocer la sentencia extranjera a los efectos de la apertura del concurso local.

[79] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 538.

[80] Cfr. Scotti, pág. 174.

[81] Cfr. All y Albornoz, pág. 125.

[82] Cfr. Scotti, pág. 175, con cita de los casos "Traing Américas S.A." y "Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos S.A."

Se ha criticado que se exija al acreedor, a los fines de la extraterritorialidad del auto de apertura del concurso, que su crédito deba cumplirse en nuestro país (Cfr. Berçaitz, pág. 1111), propiciándose que se suprima el mentado requisito y habilitar a todo acreedor, e incluso al representante de la masa concursal foránea, en tanto representante de acreedores en el extranjero (Conf. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 538).

[83] Idem, pág. 540.

[84] Cfr. Heredia, pág. 294. La inoponibilidad implica la imposibilidad de invocar el concurso extranjero para solicitar la invalidez de los actos celebrados con el deudor en el país, por ejemplo, sosteniendo que se realizaron durante el período de sospecha o una vez decretada la quiebra extranjera.

[85] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 541.

[86] Idem, págs. 542 a 543; fallo "Panair do Brasil S.A. s/quiebra", E.D. 70-387.

- [87] Cfr. Heredia, pág. 297; Radzimirski, “Sistema...”, pág. 208.
- [88] Cfr. SCMendoza, sala I, Sabate Sas S.A. en Covisan SA s/concurso s/verificación tardía s/incidente de casación, 28/4/05, cons. 2°, con cita del fallo del Juez Mosso en autos “Altapec S.A.”
- [89] Cfr. Salort de Orchansky, Gabriela J., “La regla de la reciprocidad en los procesos de insolvencia transfronteriza”, L.L. online, AP/DOC/1426/2013; Kaller de Orchansky, pág. 501.
- [90] Cfr. Salort de Orchansky.
- [91] Cfr. Uzal, Procesos de insolvencia..., pág. 557; SCMendoza, Sabaté Sas S.A., 28/4/2005.
- [92] Cfr. Scotti, pág. 178, con cita del fallo “Cacace, Horacio s/quiebra s/incidente de impugnación de Sherrant S.A.”
- [93] Conf. Noodt Taquela, pág. 1379, la regla de reciprocidad no tiende a satisfacer ningún interés nacional real, y dificulta la posibilidad de verificar su crédito a los acreedores extranjeros, continuando con la discriminación entre nacionales y extranjeros. Diversos han sido los cuestionamientos constitucionales que ha recibido, fundados principalmente en la violación a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (Cfr. Heredia, pág. 298; Uzal, Procesos de insolvencia..., pág. 551 y ss.).
- [94] Idem pág. 299, con cita de Alegría. En contra Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., pág. 67, para quien opera únicamente sobre la quiebra con distribución de bienes.
- [95] Cfr. Heredia, pág. 299; Radzimirski, “Sistema...”, pág. 209. Conf. Rouillon, “Cuestiones de derecho internacional privado...”, págs. 31 a 34, la regla de retención de dividendos puede ser aplicada en casos de fraccionamiento de los títulos por parte del acreedor, mas no en caso que el acreedor haya optado por reclamar íntegramente su acreencia en ambos concursos.
- [96] Cfr. Rodríguez, “El régimen de la insolvencia...” pág. 161; Rouillon “Cuestiones e Derecho Internacional Privado...”, pág. 31; Scotti, pág. 180; Heredia, pág. 299.
- [97] Cfr. Heredia, pág. 299, no quedan comprendidos los acreedores privilegiados, solución que ha sido criticada al entender que no hay razón para no computar el pago hecho en el extranjero a tales acreedores.
- [98] Cfr. Radzimirski, “Sistema...”, pág. 211.
- [99] Cfr. Uzal, Procesos de insolvencia..., pág. 560.
- [100] Conf. Heredia, pág. 300, con cita de Lorente, “Breve panorama e inventario del novísimo anteproyecto de reformas a la ley concursal”, E.D. (176-835), la deducción debe serlo respecto de los importes del dividendo quirografario en la proporción de cobro que se hubiera establecido. Conf. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., pág. 66, a los fines del proyecto de distribución, debe sumarse la porción del crédito cobrado en el extranjero, adicionándola al pasivo verificado y en el activo distribuible.
- [101] Cfr. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., pág. 30. Sostiene el autor que era un sistema de “masa cerrada”: los acreedores locales en la masa local; Sancinetti, Marcelo A., “El artículo 4 de la ley de concursos: historia e historia de una reforma”, RDCO (1984-97), pág.143.
- [102] Cfr. Mairal, Héctor A., “El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos”, L.L. (1981-C) 1190, L.L. online: AR/DOC/20047/2001.
- [103] Idem, con cita a Onetto, Zavala Rodríguez y Goldschmidt.
- [104] Cfr. Smith, p. 1007; Boggiano, pág. 1263 y ss.
- [105] Cfr. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., pág. 34, con cita a fallos CNCom., sala C, 17/9/76, E.D. 71-384; C1° CivCom Mar del Plata, sala II, 12/8/75, J.A. (1976-I) 551; CNCom, sala E, 15/9/83, J.A. (1983-IV) 186, entre otros; Sancinetti, págs.143 a 145.

[106] Idem, pág. 32 y ss. El crédito con cláusula de pago alternativo en el país o en el extranjero escapaba a la postergación; Goldschmidt, “El artículo 4° de la ley 9.551”, E.D. 100-853, sostuvo que para resultar postergado, era necesario que el pago en el extranjero fuera acordado en interés del deudor, en tanto que el acreedor podía renunciar a su derecho de cobrar en el exterior, requiriendo el cumplimiento en el domicilio del deudor, por lo que no resultaba “exclusivamente” pagadero en el exterior.

La CSJN en “Banco Europeo para América Latina”, L.L. (1983-D) 403, evita la declaración de inconstitucionalidad del art. 4 ley 19.551 sosteniendo que lugar de pago era también el lugar donde se podía reclamar el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca sobre un inmueble en Argentina; Boggiano entiende que no debe confundirse el lugar de pago -que debe presumirse establecido en interés de ambas partes- con lugar de demandabilidad.

[107] Ver Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., págs. 36 a 38.

[108] Idem, págs. 39 a 42; Alberti, Edgardo, “¿Es aplicable el artículo 4° de la ley 19.551, a todos los concursos, o solamente a las quiebras?”, L.L. (1981-A) 768 y ss.

[109] Cfr. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., págs. 45 a 46.

[110] Idem, p. 48; Radzyminski, “Sistemas...”, pág. 204.

[111] En el concurso preventivo no existirá postergación, pudiendo el acreedor extranjero verificar su crédito y votar la propuesta.

[112] El carácter previo puede inferirse de la expresión “también” utilizada en el texto del artículo.

[113] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 545.

[114] Idem, p. 548; Radzyminski, “Sistemas...” pág. 205.

[115] Cfr. Scotti, pág. 175.

[116] Ibidem. Manifiesta la autora que es el criterio adoptado por los Tratados de Montevideo y por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

[117] Cfr. Noodt Taquela, pág. 1376.

[118] Cfr. Radzyminski, “Sistemas...”, pág. 205.

[119] Cfr. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., págs. 48 a 49. En contra Noodt Taquela, pág. 1376, quien entiende que en caso de pactarse lugares de pago alternativos -uno en Argentina- el acreedor debe ser considerado igualmente extranjero, lo que surgiría de la eliminación de la palabra “exclusivamente” del texto del art. 4 LCQ.

[120] Cfr. Gerbaudo, págs. 132 a 133; Scotti, p. 176; Heredia, págs. 295 a 296.

[121] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 547; Gualino, Martín, “La tutela de los acreedores extranjeros ante la insolvencia a la luz del Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza”, Revista Argentina de Derecho Concursal (2019-22), IJ-DCCXL-17.

[122] Cfr. Scotti, págs. 176 a 177; CNCom, sala E, Ignacio F. Wasserman SA s. concurso preventivo s. incidente de revisión por BII Creditanstalt International Bank Ltd, 10-7-2006. En contra Sancinetti, págs. 149 a 153.

[123] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., págs. 548 a 549; Radzyminski, “Sistemas...”, pág. 207; Noodt Taquela, pág. 1376, entiende que los acreedores que pertenecen a un concurso abierto en el extranjero no podrán verificar sus créditos en la quiebra argentina, quedando absolutamente excluidos del proceso local; Sancinetti, pág. 156, entiende que todas esas opciones al mismo tiempo no parecen posibles.

[124] Cfr. Rouillon, Reforma al régimen de los concursos..., pág. 55; Sancinetti, pág. 157, sostiene que no es factible dar una respuesta rígida, debiendo la doctrina y la jurisprudencia dar soluciones flexibles según las circunstancias del caso.

[125] Idem, págs. 53 a 54. Ello es así, dado que “concluida la quiebra por avenimiento, el deudor recupera la libre administración y disposición de sus bienes y está sujeto a la agresión de sus acreedores, aun anteriores a la quiebra, que no

hubiesen verificado los créditos en ella... concluida la quiebra por avenimiento, ha cesado la razón de su postergación”; Radzyminski, “Sistemas...”, pág. 207.

[126] Idem, págs. 57 a 58.

[127] Conf. Juz. Nac. Com. N° 13, secretaría 26, Lital S.A.C.I.F. s/ convocatoria, 05/05/76, considerando nro. 11; Rouillon, Reformas al régimen de los concursos..., pág. 37; Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 545.

[128] Ver art. 2573 CCyCN.

[129] Cfr. Araya, Tomás M., “Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza”, L.L. (2005-B) 1174, pág. 1182.

[130] Cfr. Goldschmidt, “El art. 4...”; Uzal, Procesos de insolvencia..., pág. 543. Berçaitz, p.1111.

[131] Cfr. Boggiano en el fallo “Lital”; Berçaitz, pág. 1112.

[132] Cfr. Goldschmidt, “El art. 4...”. Adviértase que para Boggiano el lugar de cumplimiento debía calificarse según las normas materiales internas, el privilegio es aplicable también a obligaciones nacidas de fuente legal y el lugar de pago se presume siempre fijado en beneficio de ambas partes.

[133] Recuérdese que dicha postura fue elaborada mientras se calificaba al acreedor extranjero como aquel cuyo crédito era pagadero “exclusivamente” en el extranjero; Noodt Taquela, pág. 1377, expresa que a partir de la reforma de 1983, el lugar de demandabilidad ha sido dejado de lado.

[134] Cfr. Uzal, “Procesos de insolvencia...”, pág. 546.

[135] Cfr. Vigo Rodolfo Luís y Gattinoni de Mujía María, Tratado de Derecho Judicial, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.

[136] Idem.

[137] Cfr. Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, traducción de Nilve, 4° ed., Eudeba, 2003, pág. 111.

[138] Cfr. Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, T. I, 5° reimpresión, Ediar, Bs. As., pág. 334.

[139] Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, “Razonamiento justificatorio judicial”, Revista Doxa 21 (1998-2), págs. 483 a 499.

[140] Cfr. Vigo - Gattinoni de Mujía.

[141] Cfr. Vigo, “Razonamiento...” pág. 490.

[142] Cfr. Spota, Alberto, “El juez constitucional”, L.L. (2017-D), p.724, L.L. online: AR/DOC/1608/2017.

[143] CSJN, Fallos 330:3248 y 335:2333; CIDH en autos “Almonacid” y “Trabajadores cesados del Congreso”.

[144] A excepción de lo dispuesto en el art. 43 respecto de la acción de amparo.

[145] Conf. Vigo - Gattinoni de Mujía, §14.

[146] Fallos 32:120 y 33:162. El control judicial de constitucionalidad encuentra su fuente en el fallo “Marbury vs. Madison” de la Suprema Corte de los Estados Unidos, seguido por nuestro máximo tribunal.

[147] Cfr. Sagües, Néstor, Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Bs. As., 2018, pág. 48.

[148] Cfr. Bidart Campos, pág. 359; Sagües, págs. 47 a 48; CSJN, Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo, Fallos: 33:162.

[149] CSJN Fallos: 32:120; 33:162; 149:126; 254:437; 263:297; 308:490; 311:2478; 323:2590.

[150] Cfr. Bidart Campos, pág. 361; Sagües, pág. 52.

[151] CSJN, Halabi, Ernesto, Fallos 332:111.

[152] CSJN en “Mill de Pereyra” y “Rodríguez Pereyra”.

[153] Cfr. Solá, Juan Vicente, Control Judicial de Constitucionalidad, 2° ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2006, pág. 61; Vigo, “Razonamiento...”, pág. 495, con cita de Summers, R.S.; Quiroga Lavié, Humberto, Derecho Constitucional, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pág. 474, sostiene que el sistema es

concurrente entre todos los poderes, dentro del cual el típico es el control judicial.

[154] Cfr. Vigo, “Razonamiento...”, págs. 498 y 499.

[155] Cfr. Vigo, Rodolfo L., “Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias”, J.A. (2017-III), 968; L.L. online: AP/DOC/650/2017.

[156] Idem.

[157] Idem, con cita de CSJN en autos: “Casal”; “Vizzotti”; “F.A.L.”; “Priebke”; “Saguir Dib”; “Rosza”; “Ekmedjian”; “Bazterrica”; “Sejean”; “Fayt”; “Izcovitch”; “Storani de Boidanich”; “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Compañía Primitiva de Gas”.

[158] Cfr. Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 10 (2008), p. 133.

[159] En “Mazzeo” (Fallos: 330:3248) y “Rodríguez Pereyra (Fallos: 335:2333) la CSJN sostiene que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)...”.

[160] Fallos 328:2056 y 326:2805.

[161] Fallos 340: 47.

[162] Cfr. Serna, Pedro - Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 19.

[163] El cual tiene desarrollo general en el art. 19 y aplicaciones específicas en los arts. 4, 17 y 18 C.N.

[164] Cfr. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, tomo I, 5° ed., La Ley, 2018, Bs. As., pág. 120.

[165] Cfr. Ibarlucía, Emilio A., “Sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales”, L.L. (2016-F) 834. L.L. online: AR/DOC/2720/2016.

[166] Conf. Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 41.

[167] Idem, pág. 40, con cita de Fallos: 142:81.

[168] Conf. Cianciardo, págs. 21 a 25; Silva Tamayo, Gustavo E., “Razonabilidad y proporcionalidad como límites al ejercicio del poder de policía”, L.L. (2016-F) 87.

[169] Cfr. Ibarlucía, pág. 834.

[170] Cfr. Ibarlucía, con cita de Fallos 247:121; Cianciardo, págs. 97 y 98.

[171] Cfr. Cianciardo, págs. 62 a 63. El autor sostiene que la determinación del fin legislativo presupone que una regulación iusfundamental que carezca de fines constitucionales es inconstitucional.

[172] Idem, págs. 64 a 65.

[173] Idem, págs. 71 a 75.

[174] Idem, pág. 79.

[175] Idem, pág. 93.

[176] Cfr. Serna - Toller, pág. 7.

[177] Idem, pág. 18.

[178] Idem, págs. 32 a 34; CSJN, Fallos 181:343.

[179] Idem, págs. 40 a 42.

[180] Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17.1 y 2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21).

[181] Cfr. Goldschmidt, “El artículo 4...”, comentando la norma durante la vigencia de la Ley N° 19.551, sostiene que la afectación al derecho de propiedad no se relacionaría con la postergación o imposibilidad de participar en el concurso local, sino en el hecho de no contar el acreedor con otros bienes sobre los cuales cobrar

su crédito, aun cuando estos resultaren insuficientes. Sostiene así que el hecho de limitar su alcance al patrimonio radicado en el lugar donde debe cumplirse el crédito, infringe el Derecho Internacional Público, a la vez que resultaría una infracción a los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional por constituir una confiscación; Bidart Campos, German J. “Notas de actualidad constitucional”, E.D. 104-1018. En contra Sancinetti, “El artículo 4to de la ley 19551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte”, L.L. online: AR/DOC/1096/2001.

[182] CSJN, Avico, Oscar A. c/ De la Pesa Saúl, Fallos 172:21.

[183] CSJN en “Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne, E. s/ Desalojo” (ver voto del ministro Alfredo Orgaz) y “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. CIDH “Ivcher Bronstein vs. Perú”; “Palamara Iribarne vs. Chile”; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, entre otros.

[184] Cfr. Ibarlucía; CSJN, Peralta c. Estado Nacional, L.L. (1991-C) 158, considerando 37; Cacace, Josefa c. Municip. de Bs. As. s/ Accidente, Fallos: 318:1887; Llevara, Walter c. E. F. General Belgrano S.A. s/ despido, L. 332.XLV.

[185] CSJN: “Smith”, “Provincia de San Luis”, “Johnson & Johnson de Argentina SA c/ Deutsche Bank SA s/ cumplimiento de contrato”.

[186] CIDH: “Ivcher Bronstein vs. Perú”; “Cinco Pensionistas vs. Perú”; “Palamara Iribarne vs. Chile”; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”; “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”; “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”; “Furlan y familiares vs. Argentina”; “Mémoli vs. Argentina”.

[187] Cfr. Ibarlucía. En contra Aznar, Vicente, Hacia un nuevo derecho concursal argentino, Alveroni, 2004, cap. VI, quien sostiene que la quita no resulta admisible en el concurso preventivo como fórmula concordataria, en tanto configura un ejercicio abusivo del derecho del deudor, admitiendo únicamente la reprogramación de los pagos mediante esperas que contemplen la totalidad de lo adeudado.

[188] Véase considerando N° 23 del fallo “Lital”; Boggiano, págs. 1213 y ss.

[189] Conf. Bidart Campos, “Notas de actualidad...”, “El acreedor pagadero en el extranjero, que por existir un único concurso en la Argentina no puede hacer efectivo su crédito sino aquí, tiene derecho a la jurisdicción ante nuestros tribunales en pie de igualdad con los acreedores 'internos' para alcanzar, en la quiebra argentina, una sentencia eficaz que le resguarde su derecho de propiedad en la masa de acreedores, sin inferioridad de rango”. En contra Sancinetti, “El artículo 4to de la ley 19551: su legitimidad constitucional...”.

[190] Cfr. Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, Derecho Constitucional Argentino, t. 1, 2° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 464; Bidart Campos, Manual de la Constitución..., pág. 287.

[191] Art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[192] Fallos 193:135; 333:935; 247:646.

[193] Cfr. Sosa, Toribio, “Composición del derecho al debido proceso”, SJA, 31/01/2018, 147; JA, 2018-I, La Ley online: AP/DOC/1090/2017. La CIDH en su Opinión Consultiva N° 9/87, sostiene que el art. 8 de la Convención Americana reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. En “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, explica que el derecho a ser oído establecido en el art. 8.1 de la Convención, implica por un lado el asegurar el acceso al órgano competente que determine el derecho que se reclama con apego a las garantías procesales, y, por

otro lado, que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.

[194] Cfr. Sosa, el debido proceso implica que el mismo se someta a ciertos principios y reglas. La CIDH en “Bardani Duarte y otros vs. Uruguay”, sostuvo que el debido proceso legal está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

[195] Cfr. Valcarce, Arodín, “El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia”, J.A. (1996-I) 737, L.L. online: 0003/001580.

[196] Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1, 2, 7); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1, 6, 12, 24); Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 14); entre muchos otros.

[197] Cfr. Gelli, pág. 306 y ss.

[198] Cfr. Kiper, Claudio Marcelo, La discriminación, L.L. (1995-B), 1027; Fallos 229:428; CIDH opinión consultiva OC-4/84 de 19/1/84.

[199] Cfr. Gelli, págs. 308 a 315. El concepto de categorías sospechosas es elaborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “identificándolas con aquellas que originan una discriminación perversa en virtud de que: a) no se justifican estricta y rigurosamente en un interés legítimo del Estado o b) están organizadas en base a la persecución de grupos que tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que reconocen u otorgan las leyes o b') estos grupos se encuentran relegados a una situación en la cual se los posterga sin término”.

[200] Fallos 311:2272, voto de los Dres. Caballero y Belluscio. La Ley N° 23.592 contempla a la nacionalidad como categoría sospechosa.

[201] Cfr. Sancinetti, Marcelo A. “El artículo 4to. de la ley 19.551: su legitimidad constitucional...”; Weinberg de Roca, Inés M., “Concursos internacionales en la ley 24.522”, E.D. 170-978; CNCom., sala E, Trading Americas SA s/ Quiebra, 15-IX-1983, L.L. (198-D) 423.

[202] Cfr. Scotti, págs. 176 a 177.

[203] En contra: Heredia, pág. 295 y ss; Boggiano, pág. 1213 y ss.; Cám. Civ. y Com. Rosario, Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos.

I.M.S.A.s/Quiebra, 17-III-1982; Weinberg de Roca; Sancinetti, “El artículo 4to. de la ley 19.551...”.

Por su parte Posner, Alejandro citado por Kaller de Orchansky, “Reflexiones sobre el art. 4 de la ley de concursos, antes y después de su reforma”, RDCO (1983), 714, sostiene que debe desentrañarse el espíritu de la ley, para saber si la discriminación se corresponde con un espíritu xenófobo, que de manera encubierta pretende perjudicar a acreedores extranjeros. En este caso, la norma repugnaría al orden constitucional. Pero en caso que ese no fuera el espíritu de la norma, solo nos encontraríamos frente a un tecnicismo injustificado que no lo hace merecedor de subsistencia.

[204] Cfr. Goldschmidt, “El art. 4...”; Uzal, Procesos de insolvencia..., pág. 543.

[205] Conf. Palacio, Lino Enrique Derecho Procesal Civil, tomo VI, 2 ed., Abeledo Perrot, 2011, pp. 80 y ss. Ver art.2604 CCyCN, el cual requiere que la sentencia pueda ser reconocida en la República.

[206] Cfr. Boggiano en el fallo “Lital”.

[207] El art. 743 CCyCN establece que los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores, sin diferenciar el lugar de su radicación.

[208] Conf. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 183, este dato es la mayoría de las veces impreciso; Radzimirski, “Sistemas...”, pág. 203.

[209] Cfr. Gagliardo, Mariano, “Presunciones”, Sup. Academia Nacional de

Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. (2018-3), L.L. (2018-F), L.L. online: AR/DOC/1994/2018, quien sostiene que “la presunción supone un proceso lógico mediante el cual se pasa de un hecho conocido a otro desconocido. El hecho conocido es un indicio que mediante un proceso mental permite llegar al hecho desconocido que de esa manera viene a ser verificado”. No existe un elemento objetivo que permita deducir lógicamente que el acreedor nacional ha basado sus expectativas de cobro sobre los bienes en el país, máxime cuando el ordenamiento dispone que el deudor in bonis responde con la totalidad de su patrimonio.

[210] Véase al respecto Mairal, “El tratamiento de los créditos ...”.

[211] Conforme lo expresan Rabbi y Cabanillas, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo I, La Ley, 2014, págs. 62 y ss., la comisión redactora del Código Civil y Comercial utilizó la noción de finalidad de la ley (art. 3) y fines del ordenamiento (art. 10) para evitar la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva.

[212] Como ejemplo adviértase que diversos registros públicos han comenzado a brindar información vía internet (V.gr. los registros de la propiedad automotor; la Inspección General de Justicia mediante tramite a distancia; etc.).

[213] Cfr. Uzal, “Procesos de insolvencia...”, pág. 546.

[214] Ver apartado 3 de este capítulo.

[215] Cfr. Heredia, págs. 229 a 230. Ver por ejemplo arts. 16 párr. 1°, 43 párr. 3°, y 56 párr. 3° LCQ.

[216] Idem, pág. 233.

[217] Pudiendo cualquiera de los acreedores, o incluso el síndico, denunciar lo cobrado en el extranjero, obligándose a computarlo. En caso de ser anterior la distribución local, se podría exigir una garantía de restitución de lo que perciba en exceso en el extranjero.

[218] Cfr. Goldshmit, “El art. 4...”.

[219] Conf. CIDH en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, opiniones consultivas 4/84 y 18/03, entre otros: toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, redundaría en detrimento de los derechos humanos. En “Espinoza González vs. Perú” y “Flor Freire vs. Ecuador”, sostuvo que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

[220] Cfr. CIDH “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”, en relación a la adopción de criterios irrazonables para diferenciar entre sujetos que se encuentran en las mismas condiciones.

[221] Cfr. Sancinetti, “El artículo 4 de la ley de concursos: historia e historia...”, pág. 161.

[222] Idem, pág. 160, “...el acreedor individual tampoco tiene responsabilidad alguna en el sistema de preferencias del derecho concursal del país donde localiza su crédito y el lugar de pago puede haber sido elegido sin consideración a la discriminación del derecho vigente en ese lugar”.

[223] Conf. CIDH caso “Yatama vs. Nicaragua”, “los estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”.

[224] Expresa Mairal, “El tratamiento de los créditos...”, que “los acreedores del exterior, por lo general, pretenden que sus créditos sean pagaderos también en el extranjero, resulta así una postergación general de todos los acreedores extranjeros en el concurso local...”.

[225] Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, (2015) 237, L.L. online: AR/DOC/392/2015. En autos “Sabate Sas S.A. en Covisan S.A. s/concurso s/ verificación tardía s/ incidente de casación”, SCMendoza, sala I, 28/4/2005, dijo “Es verdad que la legislación concursal argentina no distingue según la nacionalidad ni el domicilio del acreedor sino conforme una cualidad del crédito (ser pagadero en el extranjero) y por eso, como regla, la exigencia no es inconstitucional [...] pero no puede ignorarse la realidad: normalmente, cuando se pacta que la obligación es pagadera en el extranjero es porque el acreedor es de nacionalidad de ese país o está domiciliado en ese país...”.

[226] En materia laboral, durante la vigencia del Decreto Ley N° 326/56, algunos autores entendieron que si bien la diferenciación que realizaba la norma se basaba en la actividad (trabajo doméstico), en realidad se encerraba una discriminación contra la mujer, en tanto resultaba un máxima de la experiencia que se trataba de un universo de trabajadores compuesto prácticamente en su totalidad por mujeres. Ver en dicho sentido punto VI del dictamen de la Procuración General de la Nación en autos “Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ Gonzalez, Graciela Aida y otros s/ tribunal de trabajo doméstico”. Ello demuestra que algunas normas, fundadas en una pretendida objetividad, encierran una discriminación por vía indirecta.

[227] Conf. CIDH en “Opinión Consultiva OC-18/3” y “Comunidades Indígenas Xákmok Kásek vs. Paraguay”, entre otros, “los estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. En “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana” se sostuvo que “el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”.

[228] Cfr. Villanueva, Julia, Privilegios, Rubinzal Culzoni Editores, 2004, pág. 19.

[229] Cfr. Aristóteles, Ética a Nicómaco, traducción de Albano Sergio, 1° ed., Gradifco, Bs. As., 2008, pág. 123.

[230] Cfr. Villanueva, pág. 15 y ss. En contra de la idea de justicia distributiva en el marco del concurso ver Noguera, Sebastián Miguel, “Justicia distributiva, igualdad de los acreedores y el derecho concursal argentino”, L.L. online: AR/DOC/2275/2007. Véase también respecto de los fundamentos de los diversos criterios de justicia Moisés, Benjamín, “El derecho, su lesión y su restitución según el realismo jurídico clásico”, L.L. online: AR/DOC/522/2011.

[231] En caso de haberse cobrado parte del crédito en el concurso extranjero, la igualación con el acreedor local se efectuará por vía de la regla de paridad en los dividendos, y por consiguiente no existirá afectación de la igualdad.

[232] En tanto no existan bienes en el concurso foráneo para liquidar.

[233] Cfr. Sancinetti, “El artículo 4 de la ley de concursos: historia e histeria...”, pág. 165, quien sostiene: “no anido duda alguna acerca de que no habría otro principio concursal más justo que la distribución del patrimonio del deudor insolvente observando el principio de igualdad y las legítimas categorías de preferencias, sin incluir, entre estas, distinciones fundadas en el origen local o extranjero de los créditos concurrentes”.

[234] Ver en lo relativo a la aplicación de consecuencias distintas frente a relaciones de igual naturaleza el fallo de la CIDH en la causa “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”. Debe advertirse que mientras el deudor se encuentra in bonis, el lugar de pago no resulta óbice para ejecutar el crédito en la república, mientras que sin justificación alguna se torna en un elemento decisivo frente a la insolvencia del deudor.

[235] Se viola así la jurisprudencia de la CIDH expresada en las opiniones

consultivas 4/84 y 18/03; “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”; “Espinoza González vs. Perú”; “Flor Freire vs. Ecuador”, entre otros, al no perseguir la diferenciación un fin legítimo y no existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

[236] Conf. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 759, que en un sistema de articulación y coordinación de procedimientos, el problema de la preferencia de los acreedores locales se soluciona con cláusulas como la “regla de pago en caso de procedimientos paralelos” contenida en el art. 32 Ley Modelo.

[237] Cfr. CIDH en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”; Opiniones Consultivas 4/84 y 18/03; “Espinoza González vs. Perú” y “Flor Freire vs. Ecuador”.

[238] El 26 de marzo de 1991 se suscribió el Tratado de Asunción constitutivo del Mercosur, el cual fuera aprobado por Ley N° 23.981.

[239] Cfr. Heredia, “Estado legislativo de las naciones que integran el Mercosur en cuanto al tratamiento de las quiebras con elementos extranjeros”, L.L. online: AP/DOC/4973/2012; Becue, Sabrina, “Insolvencia transfronteriza: contribución al fortalecimiento del Mercosur”, Rev. Sec. Trib. Perm. Rev., (2016-7), pág. 254. En dicho sentido, el art. 1 del Tratado de Asunción establece que la constitución del mercado común implica:...d) el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones.

[240] Cabe recordar que algunos de sus miembros se encuentran vinculados por el Tratado Montevideo de 1940 sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional, el cual en su art. 48 in fine contempla la regla de preferencia local.

[241] Cfr. Rodríguez, Mónica, Armonización legislativa ..., pág. 111.

[242] Cfr. Klein Vieira, Luciane - Gomez Chiappini, Carolina, “La problemática de la quiebra internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales?”, Revista DeCITA (2009), págs. 182 y 183.

[243] Idem, p. 198.

[244] Cfr. Rechsteiner Beat; Dobson, citados por Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 651.

[245] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., págs. 650 y 651.

[246] Cfr. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, “La nueva ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial: un importante avance en sintonía con los principios internacionales en la materia”, Revista DeCITA (2009), pág. 148.

[247] Cfr. Villa, Adriana V., “El régimen de DIPr de la ley uruguaya de concursos de 2008: sus avances con relación al sistema argentino actual”, Revista DeCITA (2009), pág. 170.

[248] Ibidem. El sistema uruguayo no define al acreedor local o extranjero, el cual debe definirse por el lugar de pago del crédito.

[249] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 655.

[250] Cfr. Noodt Taquela, pág. 2392.

[251] Cfr. <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/115770>. “Proyecto de Ley de Resolución de la Insolvencia” presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo, ingresado el 25/3/2019 (Expe. N°S-191511).

[252] Se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte por aplicación del segundo párrafo del art. 5° del Protocolo de Ushuaia.

[253] Cfr. Vásquez M, Acevedo-Prada R. (2014).” Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Argentina y Venezuela”. Inciso, Revista de investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas Universidad La Gran Colombia, vol (16), págs. 104-114. En opinión de los autores, la normativa venezolana adopta una postura arcaica frente al proceso concursal.

[254] Cfr. Rodríguez, Mónica, Armonización legislativa..., pág. 483.

[255] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 676.

[256] Cfr. Rodríguez, Mónica, Armonización legislativa..., pág. 484.

- [257] Cfr. Cayumil Fernández y Venegas Fierro, “Regulación de la insolvencia transfronteriza: recepción de la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza en la ley 20.720”, disponible en <http://repositoriodigital.ucsc.cl/handle/25022009/1131>
- [258] Cfr. Rodríguez, Mónica, Armonización legislativa..., pág. 487.
- [259] Cfr. Corzo de la Colina, Rafael y Agurto Isla, Renzo, “Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú”, Revista IUS ET VERITAS, 51 (2015).
- [260] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 686.
- [261] Cfr. Corzo de la Colina, Rafael y Agurto Isla, Renzo.
- [262] Ver Principio N° 24.
- [263] En América la han adoptado por ejemplo Chile, Colombia, República Dominicana, México y Panamá, existiendo iniciativas para su adopción en Brasil, El Salvador y Paraguay.
- [264] Conf. Rouillon, “Concursos con repercusión trasnacional...”, pág. 158, este artículo no elimina las preferencias locales, pero las acota.
- [265] Cfr. Uzal, Procesos de Insolvencia..., pág. 281.
- [266] Presentado el 15 de agosto de 2018. Ver: <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/se-presento-anteproyecto-ley-insolvencia-transfronteriza/>
- [267] Ver expresión de motivos del anteproyecto, plasmados en la nota de elevación al Congreso.
- [268] Idem. Véase respecto al anteproyecto Gualino.